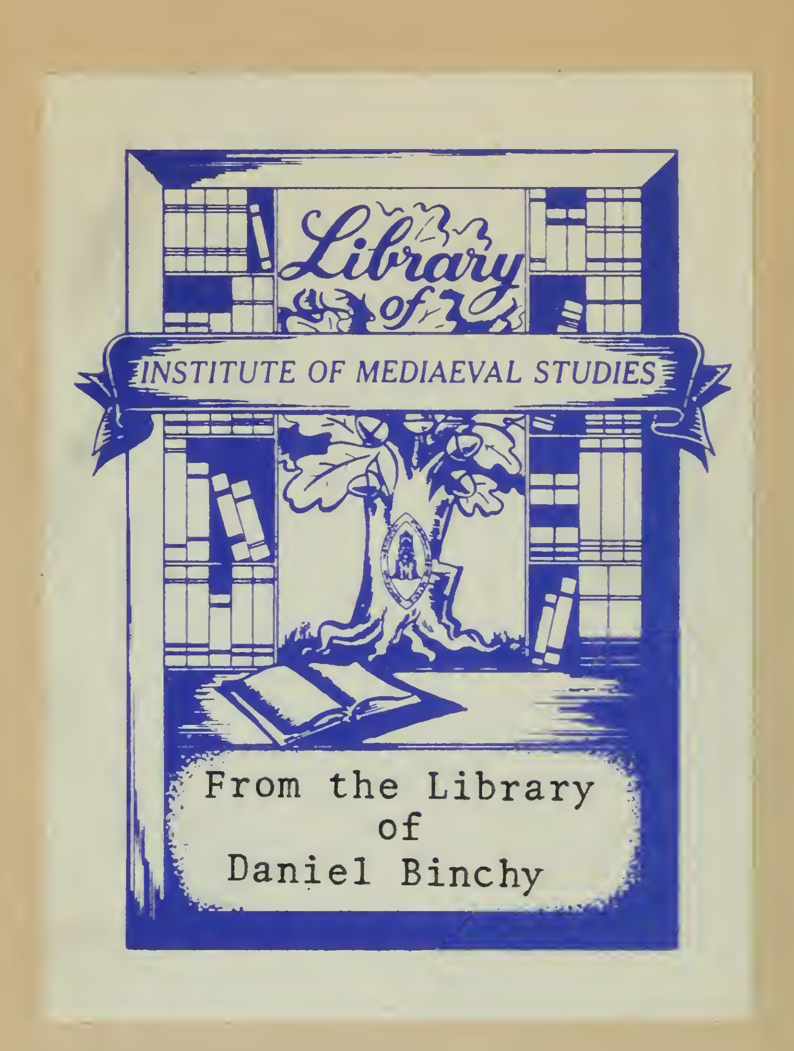



Library of
INSTITUTE OF MEDIAEVAL STUDIES
From the Library
of
Daniel Binchy





ZEITSCHRIFT

FÜR

VERGLEICHENDE RECHTSWISSENSCHAFT

HERAUSGEGEBEN

VON

Dr. FRANZ BERNHÖFT
o. ö. Professor, an der Universität Rostock

Dr. GEORG COHN
o. ö. Professor an der Universität Zürich
correspond. Mitglied der R. Accademia Scienze, Lettere ed Arti di Padova

UND

Dr. JOSEF KOHLER

o. ö. Professor an der Universität Berlin, Geh. Justizrat, Auswärtigem Mitgliede des Königl. Instituts voor de Taal-Land-en Volkenkunde van Nederlandsch Indië, Correspondirendem Delegirten der Société Académique Indo-Chinoise zu Paris, Correspondirendem Mitglied der Société de Législation comparée in Paris und der Genootschap van kunsten en wetenschappen in Batavia, Ehrenmitglied des Istituto di Storia del Diritto Romano an der Universität Catania, Mitglied der Gesellschaft für Rheinische Geschichtskunde in Köln LL.D. der Universität Chicago, Auswärtigem Mitglied der Utrechter Genossenschaften für Künste u. Wissenschaft Correspondirendem Mitglied der Akademie der Wissenschaften des Institutes von Bologna, Ehrenmitglied der Hellenischen philologischen Gesellschaft in Konstantinopel, der Società internazionale degl' intellettuali in Rom und des Vereins deutscher Redakteure.

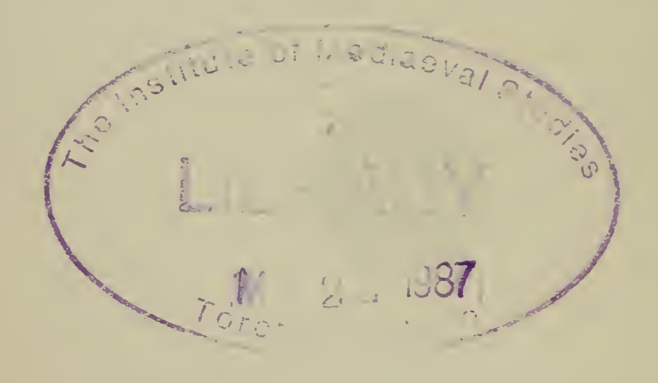
SIEBENUNDZWANZIGSTER BAND.



STUTTGART.

VERLAG VON FERDINAND ENKE.

1912.



Druck der Union Deutsche Verlagsgesellschaft in Stuttgart.

Inhalt.

I.

Rechtsvergleichende Skizzen.

Von

Josef Kohler.

1. Der hebräische Schuldsklave im Kidussin.

Der Schuldsklave [1]) des israelitischen Rechts sollte schon nach dem Exodus 21, 2 ff. sehr mild behandelt werden. Nach 6 Jahren wurde er frei, er müßte sich denn dem Hause des Herrn vor Schluß dieser Zeit freiwillig unterworfen haben, und dies geschah durch die Zeremonie des Ohrdurchstechens vor den Hausgöttern am Pfosten oder an der Türe. Ein Hauptgrund für diese Unterwerfung des Sklaven wird vielfach gewesen sein, daß er sonst Frau und Kind, die er in der Sklaverei erworben hatte, im Hause lassen mußte, während allerdings Frau und Kind, die er mit in die Sklaverei brachte, zugleich mit ihm frei wurden.

Im Deuteronom 15, 12 ff. wird dies wiederholt mit dem Zusatz, daß der Herr den freigewordenen Sklaven mit den nötigen Mitteln der Lebenshaltung (Schafen, Vorräten) ausstatten solle.

Im Leviticus 25, 39 ff. tritt die Bestimmung hinzu, daß der israelitische Sklave während der ganzen Dienstzeit wie ein Arbeiter behandelt werden soll, und dazu kommt die befreiende

---

[1]) Vgl. zu folgendem Nowack, Hebräische Archeologie S. 173 ff. und die dort Zitierten; Rauh, Hebräisches Familienrecht S. 33.

Wirkung des Jobeljahres (eine phantastische Einrichtung, die wohl niemals ins Leben trat).

Eine besondere Art des Schuldsklaven war der Dieb, welcher den Diebstahl nicht erstatten konnte, Exod. 22, 2 ff.

So war das Recht in der Theorie. Daß es nicht immer praktisch in diesem Lichte gehandhabt wurde, finden wir vielfach. Amos erzählt in II, 6 und VIII, 6, wie die Armen um ein Paar Schuhe verkauft wurden; Jeremia 34, 8 ff. berichtet. daß auf besonderen Befehl Zedekias ein Freijahr für die Sklaven ausgerufen wurde, daß man aber trotzdem die Freigelassenen später wieder an sich brachte, worüber sich der Prophet sehr entrüstet; und aus Nehemia 5, 1 ff. ersehen wir, daß mitunter recht schlimme und bedrückende Zustände herrschten.

Die 6 Jahre stammen aus dem Sabbatsystem: es ist dasselbe System wie das der Grundstücke, die im siebenten Jahre ausruhen sollten, Exod. 23, 10 ff.[2]).

Das Opfer an die Hausgötter durch Ohrdurchbohren ist wohl ein altes Blutsopfer, welches den Sklaven an die Familie kettete. Es sind dies dieselben Hausgötter, bei denen in Diebstahlsfällen geschworen wurde, Exod. 22, 7 und 8, deren fortdauernder Kult den Propheten manchen Kummer bereitet. Jesaja 8, 19.

Ganz anders die fremden Sklaven, wie sie z. B. I. Chron. 2, 34 erwähnt werden (ägyptischer Knecht): wie groß die Zahl solcher Knechte war, die sich ungehemmt fortpflanzten, sieht man aus Gen. 14, 14[3]). Bei diesen Sklaven galten alle jene Erleichterungen nicht, weder die 6 Jahre noch die Beschenkung. Daß man trotzdem auch fremden Knechten die Tochter zur Ehe gab, zeigt I. Chronik 2, 35.

Was aber die Israeliten betrifft, die einem Fremden zum Sklaven gegeben wurden, sei es einem Ausländer oder einem ger (Inlandsfremden), so gibt der Levit. 25, 47 f. einige Be-

---

[2]) Vgl. dazu Zeitschr. XVII, S. 222.

[3]) Vgl. Strack, Genesis S. 55.

stimmungen. Ein solcher kann durch seinen nächsten Blutsfreund ausgelöst werden, er kann sich auch selbst auslösen; auch soll für ihn das Jobeljahr gelten, dessen Herannahen für die Bemessung des Lösegelds in Betracht kommt.

Daß übrigens in der Makkabäerzeit Juden vielfach für Fremde gekauft und wieder verkauft wurden, ergibt sich aus I. Makk. 3, 41 und II. Makk. 8, 11.

Für die israelitische Sklavin gilt folgendes: mit der Pubertät soll sie der Herr zur Ehe nehmen oder seinem Sohne zur Ehe geben, oder er soll sie ohne Lösegeld freilassen, Exod. 21, 7 f. Das Ohrdurchstechen bei Mädchen kam, wie es scheint, erst später auf, es findet sich erst im Deuteronom 15, 17.

Von kriegsgefangenen Sklavinnen sagt das Deuteronom ausdrücklich, daß man sie zum Weibe nehmen, sie aber nicht verkaufen solle, Deut. 21, 11 ff.

Die biblischen Bestimmungen werden nun im Traktat Kidussin ausführlich erörtert. Man verbindet die Bestimmungen des Exod., Deut. und Levit. miteinander. Die 6 Jahre, die Beschenkung der Sklaven und das Jobeljahr werden miteinander verbunden; über die Höhe der Schenkung werden verschiedene Ansichten geäußert (S. 746).

Ueber die 6 Jahre wird gesagt, daß der Sklave die 6 Jahre *gedient* haben muß; war er entflohen, so sollen ihm die Jahre der Flucht nicht gerechnet werden; auch die Jahre der Krankheit nur, wenn er in dieser Zeit mindestens leichte Arbeit verrichten konnte (S. 745).

Die Ohrdurchbohrung wird ebenfalls aufrechterhalten, nur soll die Zeremonie nie an einem Priester stattfinden, und sie soll nur so lange erfolgen können, als die 6 Jahre noch nicht vollkommen verstrichen sind: wenn mindestens so viel Zeit übrig ist, daß der Sklave noch für eine peruta arbeiten kann (S. 768).

Besonders interessant ist es, daß die Lehre von der Befreiung nach 6 Jahren in der *Gemara* beanstandet wurde,

indem man die Meinung verteidigte, diese Selbstbefreiung trete nur ein, wenn der Sklave dem Herrn gegen seinen Willen gerichtlich überantwortet wurde; vertragsmäßig aber könne sich der Sklave auch auf länger als 6 Jahre vergeben. Auch das Ohrdurchbohren und die Beschenkung bezögen sich nur auf die erste Art (S. 736). Allerdings wurde diese Ansicht lebhaft bekämpft. Anderseits brachte man die Meinung zur Geltung, daß der Sklave durch den Tod seines Herrn frei werde, und zwar nach dem Ohrdurchbohren unbedingt; innerhalb der 6 Jahre aber solle er für die noch übrigen Jahre an den Sohn vererbt werden, nicht aber an die Tochter: er wird also frei, wenn kein Sohn vorhanden ist (S. 748).

Der an einen Nichtjuden Verkaufte, für den die 6 Jahre nicht gelten, soll so behandelt werden wie der, dem das Ohr durchbohrt ist (S. 749): er soll also durch den Tod seines Herrn unbedingt frei werden.

Für den einem ger verhandelten Israeliten gilt der Satz, daß das Lösegeld nach dem Werte bemessen wird, aber nicht höher ist als das Kaufgeld (S. 760); die Auslösung soll durch das Geld anderer erfolgen (also nicht Selbsauslösung) S. 774. Ein solcher Sklave wird auch frei durch Freilassungsurkunde, die ihm übergeben wird, und hier wird die Bemerkung gemacht, daß mit Uebergabe der Urkunde Freiheit und Besitz (Eigentum) zugleich erworben wird (S. 773).

Ueber die Behandlung der Sklaven nahm man die Bestimmung des Levit. an: er soll wie ein Arbeiter in Speise und Trank gehalten werden, ebenso Frau und Kind (S. 768, 769); doch behielt man den Satz bei, daß, was der Sklave erwirbt, er seinem Herrn erwerbe (S. 774).

Von der israelitischen Sklavin erklärt Kidussin, daß sie mit der Pubertät (dem Hervorkommen der Schamhaare) frei werde, in welchem Falle der Herr sie zur Frau nehmen oder dem Sohne zur Frau geben, sie aber jedenfalls nicht nach auswärts verkaufen könne. Ein Geding des Kaufes in der Art, daß der Herr sie nicht zur Ehe nehmen dürfe, wird als gesetz-

widrig betrachtet, doch ist man darüber nicht einig (S. 756 f.). Außerdem soll die Sklavin frei werden durch den Tod des Herrn. Ein Durchbohren des Ohres gibt es nicht: die deutliche Stelle Deut. 15, 17 wird weginterpretiert (S. 748).

2. Die kultliche Adoption in Babylon.

Im 2. Buch der Könige 23, 7 ist davon die Rede, wie Josia den semitischen Götzenkultus abschaffte, und hier wird von Unzuchtshäusern gesprochen, welche mit dem Tempel in Verbindung standen. Zwei Arten von Unzuchtsanstalten werden erwähnt, die der Weiber als Dienerinnen der Aschera (Istar) und die der Kedeschim, welche auch im I. Könige 15, 12 und I. Könige 22, 47 angeführt werden. Man hat mit Recht hervorgehoben, daß die kultliche Verehrung nicht nur eine heterosexuelle, sondern auch eine homosexuelle war, und neuerdings sind von Carpenter in der Revue d'éthnographie 1910 p. 301 f. darüber reichliche Nachweise gegeben worden. Wie schon bei den Naturvölkern eine kultliche Prostitution stattfindet, so auch eine kultliche Uebung der Päderastie und des amor lesbicus. Auch finden wir nicht selten den Brauch, daß Knaben oder Mädchen schon in früher Jugend beigezogen und dem Kulte gewidmet werden. Das gibt nun Aufschluß über die berühmten Stellen des Hammurapi von der Adoption durch den nersega und durch die awilat zikru. Nersega (was Ungnad mit Kämmerling wiedergibt und von dem gesagt wird, daß er im Palast wohnt) scheint ein kultlicher Päderast gewesen zu sein; die Kultstätte stand wohl mit dem Königspalast in Verbindung. Die Adoption, die er vornahm, war eine kultliche: der Knabe wurde für den unnatürlichen Liebesdienst angenommen und hatte dann alle dem Kultus entsprechenden gottesdienstlichen Funktionen zu vollziehen, vor allem die Zauberkünste auszuüben, die gewöhnlich mit solchen widernatürlichen Kultverhältnissen verbunden sind. Auch der Knabe, der von einer awilat zikru angenommen wurde, scheint irgendeinem Weihebrauche

gewidmet worden zu sein: man denke an die orientalischen Kulte, bei welchen die Männer in Frauenkleidern erschienen und den Frauen dienten, wie nach der Sage Herakles und Sardanapal. Zahlreiche Belege dafür bietet uns Bachofen in dem immer noch wegen seiner Quellenangaben lehrreichen Buch über Tanaquil S. 48 f.[4]). Auch Kastration wird geübt worden sein, ähnlich wie im Tempel zu Hierapolis, von dem uns Lukian in seinem Essay über die syrische Gottheit erzählt.

Der Knabe, der sich dieser Adoption entzog, beging ein Verbrechen gegen die Gottheit, wodurch allein die furchtbaren Strafen, Hammurapi § 192, 193, erklärlich werden.

---

[4]) Vgl. Strabo XI, S. 512; Athenaeus XII, S. 515, 516; XIV, S. 639.

II.

Jüdische Rechtsurkunden aus Aegypten.

Von

Dr. **Erich Pritsch**, Schöneberg-Berlin.

Einleitung.

Die hier zu besprechenden Papyri sind in der Doppelstadt Assuan-Elephantine am ersten Nilkatarakt gefunden worden. Sie sind in früharamäischer Sprache geschrieben und entstammen einer Ansiedlung von Juden, die im 5. Jahrhundert v. Chr. als persische Soldaten in der Grenzfestung Elephantine (ägyptisch Jêb) stationiert waren. Die Zeit, in der die Urkunden geschrieben wurden, umfaßt die Jahre 494 bis etwa 400. Sie sind daher ungefähr gleichaltrig mit den ältesten bisher bekannten demotischen Urkunden.

Der Reihe nach wurden seit 1903 folgende Papyri bekannt:

1. Ein in der Straßburger Bibliothek aufbewahrtes Papyrusfragment, das einen Bericht über eine Meuterei der Garnison von Elephantine enthält (Nr. 35).

2. Ein jetzt in der Bodleiana zu Oxford befindliches Fragment eines Darlehensschuldscheins (Nr. 8).

3. 10 Papyri über verschiedene Rechtsgeschäfte, die wahrscheinlich einem Familienarchiv entstammen und nach ihrem Auffinden an verschiedene Privatleute verkauft wurden. Sie befinden sich jetzt im Museum zu Kairo (Nr. 4—7, 10—15).

4. 3 Papyri (davon einer ein Duplikat), die eine Bittschrift der Judengemeinde an den persischen Satrapen in Jeru-

salem und dessen Antwort enthalten. Sie befinden sich im Berliner Museum (Nr. 36, 37).

5. Ein von Sachau veröffentlichtes Papyrusfragment, das anscheinend die Stundung einer Ehegabe zum Gegenstande hat (Nr. 17).

6. Die von Sachau bearbeitete Sammlung der Papyri, die bei den im Auftrage der Berliner Papyruskommission in den Jahren 1907 und 1908 auf der Insel Elephantine ausgeführten Grabungen gefunden worden sind. Es sind amtliche und private Urkunden und Briefe, Namenlisten, Bruchstücke der Erzählung vom weisen Aḥîqar, eine aramäische Version der Behistûn-Inschrift u. a. Leider sind die für den Juristen in Betracht kommenden Stücke dieser Sammlung zum größten Teil sehr schlecht erhalten, so daß die juristische Ausbeute verhältnismäßig gering ist. Die oben unter Ziff. 4 und 5 genannten Urkunden sind in diese Edition wieder aufgenommen.

Den in Aegypten gefundenen jüdischen Urkunden kommt naturgemäß eine hohe Bedeutung zu. Abgesehen von ihrer linguistischen und historischen, namentlich religions- und kulturgeschichtlichen Wichtigkeit sind sie besonders für den Rechtshistoriker bedeutsam. Da sie zum großen Teil noch in die Zeit vor dem Wiederaufbau des Tempels in Jerusalem und der Entstehung der Sôpherîmschulen fallen, sind sie geeignet, auf die Entwicklung des jüdischen Rechts ein ganz neues Licht zu werfen, so z. B. hinsichtlich der vielumstrittenen Frage, ob es bereits vor Esra eine mündliche Gesetzestradition gab. Sodann sind sie aber auch wichtig für das Verständnis der so überaus schwierigen demotischen Urkunden und werden daher vielleicht über ägyptische Besonderheiten und damit auch über die in Aegypten gefundenen griechischen Papyri neue Aufschlüsse geben. Auf diese Weise wird hoffentlich auch über die Beziehungen zum Rechtsleben des babylonischen Reiches und damit über den Zusammenhang der Kulturen der vorderasiatischen Völker neues Licht verbreitet werden[1]).

---

[1]) Vorerst allerdings wird man von dem bisher noch geringen

Literatur [2]).

a) Zum Straßburger Papyrus (Nr. 35).

Euting, Notice sur un papyrus égypto-araméen de la bibliothèque impériale de Strassbourg. Mémoires présentés par divers savants à l'Académie des inscriptions et belles-lettres. Paris 1904. XI, 2, p. 297 ff.

Clermont-Ganneau, Le papyrus Euting. Recueil d'archéologie orientale. Paris 1904. VI, p. 221 ff.

Derselbe, Répertoire d'épigraphie sémitique, 1904, Nr. 498.

Derselbe, Comptes rendus de l'Académie des inscriptions et belles-lettres, 1903, p. 364.

Halévy, Nouvel examen du papyrus égypto-araméen de la bibliothèque impériale de Strassbourg. Revue sémitique. Paris 1904. XII, p. 67 ff. Paris 1906. XIV, p. 278 ff.

O. H. Lange, Deutsche Literaturzeitung, 1903, Sp. 3123 f.

Lidzbarski, Ephemeris für semitische Sprache und Epigraphik. Gießen 1908. II, S. 210—217.

Schwally, Literarisches Zentralblatt, 1904, S. 1504.

Spiegelberg, Zu den Straßburger aramäischen Papyri. Orientalistische Literaturzeitung, 1904, III, Sp. 10.

b) Zum Oxforder Papyrus (Nr. 8).

Cowley, Some egyptian aramaic documents. Proceedings of the society of biblical archeology. London 1903. XXV, p. 205 ff.

Clermont-Ganneau, Papyrus et ostraka araméens d'Eléphantine. Recueil d'archéologie orientale, 1904, VI, p. 147 ff., 260 ff.

Derselbe, Comptes rendus de l'Académie des inscriptions et belles-lettres, 1904, p. 330.

Material nicht zu viel erwarten dürfen und sich namentlich vor unbedachten Verallgemeinerungen hüten müssen. Ich habe mich daher im folgenden bemüht, möglichst wenig Vermutungen aufzustellen, um anstatt zweifelhafter Hypothesen lieber die Urkunden für sich selbst sprechen zu lassen. In Uebersetzung gebe ich jedoch nur die von Sayce und Cowley publizierten Urkunden, da sie nicht in der neuen Edition Sachaus enthalten sind und eine zusammenhängende deutsche Uebersetzung von ihnen nicht existiert.

[2]) Die obige Literaturübersicht macht keinen Anspruch auf absolute Vollständigkeit. Sie will neben den Urkundenpublikationen nur die hauptsächlichsten Besprechungen nennen.

C. B. Gray, Proceedings of the soc. of bibl. archeology. London 1903. XXV, p. 259 ff.

Halévy, Un document judéo-araméen d'Eléphantine. Revue sémitique. Paris 1903. XI, p. 250 ff.

C. H. W. Johns, Proceedings of the society of bibl. archeology, 1905, XXVII, p. 187 f.

Lidzbarski, Ephemeris für semitische Sprache und Epigraphik. Gießen 1908. II, S. 224—228.

A. H. Sayce, Proceedings of the society of bibl. archeology. London 1903. XXV, p. 315 ff.

de Vogüé, Répertoire d'épigraphie sémitique, 1904, I, Nr. 491.

c) Zu den Papyri Sayce-Cowley (Nr. 4—7, 10—15).

Aramaic Papyri discovered at Assuan, ed. by A. H. Sayce with the assistance of A. E. Cowley and with appendices by W. Spiegelberg and Seymour de Ricci. London 1906.

W. Staerk, Die jüdisch-aramäischen Papyri von Assuan, sprachlich und sachlich erklärt. (Kl. Texte für theolog. Vorlesungen und Uebungen, herausg. von H. Lietzmann, Nr. 22/23.) Bonn 1907.

Bacher, The origin of the Jewish colony of Syene (Assuan). The Jewish Quarterly Review. London 1907. XIX, p. 441—444.

J. Barth, Bemerkungen zu den aramäischen Papyri von Assuan. Revue sémitique. Paris 1907. XV, p. 522—524.

Clermont-Ganneau, Revue critique, 1906, II, p. 341 ff.

Döller, Theologische Quartalsschrift, 1907, S. 497 ff.

J. N. Epstein, Notizen zu den jüdisch-aramäischen Papyri von Assuan. Jahrbuch der Jüdisch-Literarischen Gesellschaft. Frankfurt a. M. 1909. VI, p. 359—373.

L. Freund, Bemerkungen zu Papyrus G des Fundes von Assuan. Wiener Zeitschrift für die Kunde des Morgenlandes. Wien 1907. S. 169 bis 177.

S. Funk, Die Papyri von Assuan als älteste Quelle einer Halacha. Jahrbuch der Jüdisch-Literarischen Gesellschaft. Frankfurt a. M. 1910. VII, S. 378 f.

Halévy, Revue sémitique. Paris 1907. XV, p. 108—112.

J. Hontheim, Die neu entdeckten jüdisch-aramäischen Papyri von Assuan. Biblische Zeitschrift. Freiburg i. B. 1907. V, S. 225—234.

C. H. W. Johns, The Assuan Aramaic papyri. The Expositor. London 1907. 7th ser., vol. III, p. 544—551.

Kautzsch, Theologische Studien und Kritiken, 1907, S. 159 ff.

M. J. Lagrange, Les papyrus araméens d'Éléphantine. Revue biblique internationale. Paris 1907. IV, p. 258—271.

Lidzbarski, Deutsche Literaturzeitung, 1906, 51/52, Sp. 3205 ff.
Mahaffy, The Jews in Egypt. Recueil de mémoires de philologie classique et d'archéologie offerts à Jules Nicole. Genève 1905. p. 659—662.
R. H. Mode, The Assuan aramaic papyri. Biblical World, XXIX, p. 305 bis 309.
Th. Nöldeke, Die aramäischen Papyri von Assuan. Zeitschrift für Assyriologie, 1907, XX, p. 130 ff.
F. Peiser, Die jüdisch-aramäischen Papyri von Assuan. Orientalistische Literaturzeitung, 1907, X, Sp. 622—627; 1908, XI, Sp. 24—26, 73—79.
F. Perles, Orientalistische Literaturzeitung, 1908, XI, Sp. 26—28.
N. Peters, Die jüdische Gemeinde zu Syene im fünften Jahrhundert v. Chr. Geb. nach den Papyri von Assuan. Katholik. Mainz 1907. LXXXVII, S. 310—320, 369—377.
S. Poznanski, Zeitschrift für hebräische Bibliographie, XI, S. 67—75.
E. Pritsch, Bemerkungen zum Oxforder ägyptisch-aramäischen Papyrus H. Zeitschrift für Assyriologie, 1911, XXV, S. 345—352.
A. H. Sayce, The aramaic papyri of Assuan, a rectification. Zeitschrift für Assyriologie, 1909, XXII, S. 210.
Schürer, Theologische Literaturzeitung, 1907, Sp. 1 ff., 65 ff.
Schultheß, Göttingische gelehrte Anzeigen, 1907, Bd. 169, III, S. 181 ff.
de Vogüé, Papyrus araméens d'Égypte. Comptes rendus de l'Académie des inscriptions et belles-lettres, 1906, p. 499—508.
O. Weber, Beilage zur Münchener Allgemeinen Zeitung, 1907, I, S. 431.
A. Wilcken, Archiv für Papyrusforschung. Leipzig 1907. IV, S. 228—230.

d) Zu den ersten Papyri Sachau (Nr. 36, 37).

Ed. Sachau, Drei aramäische Papyrusurkunden aus Elephantine. Abhandlungen der Königl. Preußischen Akademie der Wissenschaften. Berlin 1907.
W. Staerk, Aramäische Urkunden zur Geschichte des Judentums. (Kleine Texte für theologische Vorlesungen und Uebungen, herausg. von H. Lietzmann, Nr. 32.) Bonn 1908.
J. Barth, Zu den Papyrusurkunden von Elephantine. Zeitschrift für Assyriologie XXI, S. 188 ff.
Derselbe, Zu den neuen Papyrusfunden in Elephantine. Jahrbuch der Jüdisch-Literarischen Gesellschaft V. Frankfurt a. M. 1908.
J. Brucker, Les papyrus araméens d'Éléphantine. Une colonie juive près de la première cataracte du Nil au Ve siècle av. J. C. Études des pères de la comp. de Jésus, CXVII, p. 398—408.
Bruston, Les papyrus judéo-araméens d'Éléphantine. Revue de théologie et philosophie, XLI, p. 97—113.

Clermont-Ganneau, Recueil d'archéologie orientale, VIII, 1907.
Derselbe, Revue archéologique, IV, p. 10.
S. Daiches, Zu den Elephantine-Papyri. Zeitschrift für Assyriologie, 1909, XXII, S. 197—199.
Döller, Theologische Quartalsschrift, XC, S. 376—384.
S. Fraenkel, Theologische Literaturzeitung, 1907, S. 657 ff.
Derselbe, Zu den Papyri von Elephantine. Zeitschrift für Assyriologie, 1908, XXI, S. 240 ff.
F. H. Griffith, Note on the Elephantine Papyri. The Expositor, 7th ser., vol. IV, p. 494—496.
Gunkel, Der Jâhûtempel in Elefantine. Deutsche Rundschau, 1908, CXXXIV, S. 30—46.
Halévy, Revue sémitique. Paris 1908. XVI, p. 95—99, 224—239.
N. Herz, The Elephantinê papyri. Expository Times, XIX, p. 333, 522.
G. Hoffmann, Bemerkungen zu den Papyrusurkunden aus Elephantine. Wiener Zeitschrift für die Kunde des Morgenlandes. Wien 1907. XXI, S. 413—415.
G. Hontheim, Zu den neuesten jüdisch-aramäischen Papyri aus Elefantine. Biblische Zeitschrift. Freiburg i. B. 1908. VI, S. 245—261.
M. J. Lagrange, Les fouilles d'Éléphantine. Les nouveaux papyrus d'Éléphantine. Revue biblique internationale. Paris 1908. V, p. 260—267, 325—349.
Lidzbarski, Deutsche Literaturzeitung, 1907, Sp. 3160 ff.
J. Löw, Wiener Zeitschrift für die Kunde des Morgenlandes. Wien 1907. XXI, S. 415 f.
D. S. Margoliouth, The new Papyri of Elephantine. The Expositor, 7th ser., vol. IV, p. 481—494.
D. H. Müller, Die Korrespondenz zwischen der Gemeinde von Elephantine und den Söhnen Sanaballaṭs. Wiener Zeitschrift für die Kunde des Morgenlandes. Wien 1907. XXI, S. 416—419.
Derselbe, Ueber neue Papyrusfunde in Elephantine. Anzeiger der Wiener Akademie der Wissenschaften, phil.-hist. Klasse, XLIV, S. 124—129.
Th. Nöldeke, Neue jüdische Papyri. Zeitschrift für Assyriologie 1908, XXI, S. 195—205.
Smend, Theologische Literaturzeitung, 1907, S. 705 ff.

e) Zu den übrigen Sachauschen Urkunden.

Ed. Sachau, Ein altaramäischer Papyrus aus der Zeit des ägyptischen Königs Amyrtaeus. Florilegium ou recueil de travaux d'érudition dédiés à M. le Marquis Melchior de Vogüé à l'occasion du 80. anniversaire de sa naissance, Paris 1909, p. 529—541.

Derselbe, Aramäische Papyrus und Ostraka aus einer jüdischen Militärkolonie zu Elephantine. Altorientalische Sprachdenkmäler des 5. Jahrhunderts vor Chr. Leipzig 1911.
A. Ungnad, Aramäische Papyrus aus Elephantine. Kleine Ausgabe unter Zugrundelegung von Eduard Sachaus Erstausgabe. Leipzig 1911.
M. Lidzbarski, Deutsche Literaturzeitung, 1911, XXXII, Sp. 2966—2981.
F. Perles, Zu Sachaus „Aramäischen Papyrus und Ostrakas". Orientalistische Literaturzeitung, 1911, XIV, Nr. 11 (November).
J. Theis, Die neuesten Funde aramäischer Sprachdenkmäler auf Elephantine. Wissenschaftl. Beilage zur „Germania" vom 23. November 1911, Nr. 47.

f) Zu allen Papyri.

S. Funk, Entstehung des Talmuds. Leipzig 1910. S. 21—26.
S. Jampel, Der Papyrusfund von Assuan. Monatsschrift für Geschichte und Wissenschaft des Judentums. Breslau 1907. LI, S. 617—634.
F. Stähelin, Israel in Aegypten nach neugefundenen Urkunden. Vortrag. Basel 1908.

A. Allgemeines über die Urkunden.

Schema.

Die Urkunden enthalten der Reihe nach:

1. die Datierung: „Am . . . ten (jüdischer Monat), d. i. am . . . ten (ägyptischer Monat) des Jahres . . . des Königs NN."

2. die Bezeichnung der Kontrahenten: „. . . sprach NN, Sohn des NN, . . . , zu NN, Sohn des NN, . . . , folgendermaßen . . ."

3. den Inhalt des Vertrages in direkter Rede.

4. die Angabe des Schreibers: „Geschrieben hat NN, Sohn des NN, diese Urkunde (in der Stadt NN) nach der Aussage des NN."

5. die eigenhändigen Unterschriften der Zeugen, eingeleitet durch die Bemerkung: „Die Zeugen sind folgende."

6. die Aufschrift des Vertrages, die jedoch manchmal fehlt.

Eine Abweichung im Schema zeigt Nr. 8; hier folgt die Nennung des Schreibers erst auf die der Zeugen.

Im allgemeinen entspricht das Schema dem der demotischen Urkunden. Die Form ist ebenso wie bei diesen die des Chirographum, das sich auch im neubabylonischen Recht zu dieser Zeit bereits vereinzelt findet. (Vgl. Kohler-Ungnad, Hundert ausgewählte Rechtsurkunden, Nr. 59, S. 42 u. 74.)

Stil.

Die Sprache der Urkunden ist durchaus formelhaft. Einzelne stereotype Wendungen sind wahrscheinlich der assyrisch-babylonischen und der ägyptischen Rechtssprache entlehnt, z. B. dem Babylonischen die Formel: „Kein Prozeß soll entstehen" (lâ dîn ve lâ debâb = bab. tuaru dênu dabâbu laššû), dem Aegyptischen die Einführung eines Anspruchsverzichts durch die Worte: „Ich werde nicht sagen können: . . ." (lâ ekhal êmar = ägyptisch bn ỉwj rḫ ḏd)[3]. Bemerkenswert ist auch die Breite und Weitschweifigkeit der Sprache in den aramäischen Urkunden im Gegensatze zu dem knappen Stil der babylonischen Verträge.

Terminologie.

Der Wortgebrauch ist bereits fest umgrenzt. Feststehende Bezeichnungen sind z. B. „Garnisonsangehöriger" (beʿêl degel) und „Bürger" (beʿêl qirjâh), ferner der Ausdruck für die unentgeltliche Veräußerung (ברחמן נתן „schenkungsweise geben"), die Benennung eines Gerichtshofes als „Naphâ-Gericht" (vgl. unten) u. a. Anderen Sprachen sind entnommen:

---

[3]) Ob auch die häufig wiederkehrende Phrase „du hast mein Herz befriedigt" oder „mein Herz ist befriedigt" dem Aegyptischen entlehnt ist, wie Spiegelberg (Zeitschr. f. Ass. XX, S. 145) und Clermont-Ganneau (Revue critique 1906, S. 344, Anm. 3) annehmen (hauṭabt lebâbî = ägypt. ti-k [r] mtr[j] ḥ3tj), mag dahingestellt bleiben. Der Ausdruck „sein Herz ist befriedigt" bildet schon einen stets wiederkehrenden Bestandteil der altbabylonischen Kaufverträge (sumer. sagâni aldug = semit. libbašu ṭûb) und kehrt auch in der Bibel (z. B. Richt. 19, 6; 22; Ruth 3, 7) wieder.

a) dem Hebräischen die Bezeichnung des Depositum (piqdôn, vgl. Num. 5, 21; 23);

b) dem Persischen der Ausdruck für „Vertragsstrafe" (אביגרנא)[4] und für „Geheimagent" (gaušaka, eigentlich „Horcher")[5], sowie die Beamtenbezeichnungen Phrataraka (bestehend aus dem Komparativ phratara = griechisch πρότερος und dem Suffix ka)[6], Pharmândâr („Befehlsträger"), Azdâkar („Bekanntmacher"?);

c) dem Aegyptischen die Phrase „auf Ansprüche wegen einer Sache verzichten", wörtlich „sich von etwas entfernen" (raḥaq min = ägyptisch wj r) und davon die Bezeichnung gewisser Urkunden als „Verzichtsurkunden", wörtlich „Urkunden des Entferntseins" (sephar mirḥaq = ägyptisch shꜣ n wj = griechisch συγγραφὴ ἀποστασίου; vgl. unten)[7];

d) dem Assyrisch-Babylonischen Beamtenbezeichnungen wie sagan „Magistrat" (assyrisch šaknu) und peḥah „Statthalter, Satrap" (assyrisch paḫâtu).

Bestandteile des Vertragsinhalts.

Häufig wiederkehrende Bestandteile des in direkter Rede abgefaßten Vertragsinhalts sind:

[4]) Etymon noch unbekannt. Bartholomae (bei Staerk, Die jüdisch-aram. Papyri von Assuan, S. 39) sucht es als pers. abhi + grawanâ (von awest. grab „greifen", pehl. grav „Pfand") zu erklären, Clermont-Ganneau (Revue critique 1906, S. 351, Anm.) als pers. abi („ohne") + grna (= garân „Gewicht").

[5]) So von Euting erklärt.

[6]) So nach Andreas (Ephemeris II, S. 213, Anm. 2).

[7]) Dagegen ist wohl kaum anzunehmen, daß der Gebrauch von „hassen" im Sinne von „die eheliche Pflicht verweigern", „die Ehegemeinschaft aufkündigen" oder ähnlich eine Entlehnung aus dem Aegyptischen ist (שנא = mst), wie Spiegelberg (Zeitschr. f. Ass. XX, S. 145) vermutet. „Hassen" findet sich in diesem Sinne bereits im Hammurabikodex (§ 142: šumma zinništum mûza izîrma, „wenn eine Frau ihren Mann haßt" . . .; Wincklers und Peisers Uebersetzungen dieser Stelle sind unrichtig) und ferner im biblischen und talmudischen Sprachgebrauche. Hierauf hat bereits Freund hingewiesen (Wiener Zeitschr. f. d. Kunde d. Morgenl. XXI, S. 174, Anm. 5, S. 175, Anm. 2).

a) die Ausschließung der Erhebung künftiger Ansprüche, häufig eingeleitet mit „ich werde nicht sagen können: . . .“;

b) die Ausschließung künftiger Klage („nicht werde ich gegen dich klagen können“);

c) die Festsetzung einer Vertragsstrafe für den Fall des Zuwiderhandelns[8]).

Diese Klauseln gelten nicht nur für den Aussteller selbst, sondern auch für jeden, der in seinem Namen handelt („Sohn oder Tochter, Bruder oder Schwester, naher oder entfernter Verwandter, Soldat oder Bürger“), und zwar für immer („morgen oder an einem anderen Tage“);

d) die Verzichtsformel („ich verzichte auf alle Ansprüche“ und ähnlich), z. B. in Nr. 10, 11, 14;

e) die Bestätigung des Rechts der Gegenpartei („dieses Haus gehört gewißlich dir“ und ähnliches), z. B. in Nr. 4, 6, 10;

f) die Ausschließung urkundlichen Gegenbeweises, z. B. in Nr. 6, 10, die sich auch in demotischen Urkunden findet (Spiegelberg, Die demot. Pap. der Straßb. Bibl., S. 8);

g) in den Immobiliarurkunden (Nr. 5, 6, 10, 14) die genaue Angabe der Lage des Grundstücks; die Reihenfolge der Orientierung ist, wenn man von den fehlerhaften Angaben in Nr. 5 absieht, genau dieselbe wie in den demotischen Urkunden, nämlich 1. Süden, 2. Norden, 3. Osten, 4. Westen.

Vertragsstrafe.

Die Festsetzung einer Vertragstrafe für eine Zuwiderhandlung gegen die Vertragsabmachung ist ein nie fehlender Bestandteil der Verträge. Gewöhnlich beträgt sie 10 Kereš; in Nr. 12 ist sie auf 20 Kereš festgesetzt; 5 Kereš beträgt sie in Nr. 1, 4, 11, nur 2 Kereš in Nr. 22. In Nr. 10 macht die Strafe das Doppelte des an Zahlungs Statt hingegebenen Grund-

---

[8]) Diese findet sich auch in den demotischen Urkunden, soweit sich erkennen läßt, fast stets wieder. Nicht so häufig ist sie im babylonischen Recht.

stücks, in Nr. 12 das Vierzigfache des Frauenpreises, in Nr. 22 das Dreieindrittelfache des Vertragsgegenstandes aus. Das in Nr. 12 erwähnte, von der Frau zu zahlende Scheidungsgeld wird offenbar nicht als Vertragsstrafe angesehen; es beträgt 6 Sekel, also 1 Sekel mehr als der Frauenpreis.

Zeugen.

Zum Zustandekommen eines Vertrages war die Anwesenheit von Zeugen erforderlich, und zwar scheint in der Zahl der Zeugen ein bestimmtes System geherrscht zu haben. Ebenso wie in den demotischen Urkunden ist die Zahl der Zeugen in der Regel durch 4 teilbar, und zwar finden sich in den aramäischen Papyri 4, 8 und 12 Zeugen. Eine Ausnahme bildet nur die Urkunde Nr. 10 mit 6 Zeugen; hier findet sich außerdem die Unregelmäßigkeit, daß der Aussteller der Urkunde zugleich als Zeuge unterzeichnet. Nach den vorliegenden Urkunden scheint es, als ob bei Verträgen über Mobilien (Nr. 8, 9, 11, 13, 15, 23) 4, über Immobilien (Nr. 4, 5, 14, 19) 8 und in Ehesachen 12 Zeugen üblich waren; in Nr. 12, wo die Zeugennamen nicht vollständig erhalten sind, wird ihre Anzahl wohl auch auf 12 zu ergänzen sein. Allerdings scheint dieser Regel zu widersprechen, daß in Nr. 2, wo es sich anscheinend um Mobilien handelt, 7 Zeugennamen erhalten sind.

Die Zeugen gehörten meist verschiedenen Nationalitäten an, nur bei den Eheverträgen (Nr. 6, 7, 12) sind sämtliche Zeugen Juden. Frauen fungieren nicht als Zeugen.

Die Verzichtsurkunde.

Gewisse Urkunden (Nr. 5, 11, 14) werden als „Verzichtsurkunden“, wörtlich als „Urkunden des Entferntseins“ (sephar mirḥaq) bezeichnet. Sprachlich entspricht dies genau der ägyptischen „Traditionsurkunde“, die ebenfalls „Urkunde des Entferntseins“ (sẖꜣ n wj) heißt (Spiegelberg, Demot. Pap. aus den Kgl. Museen zu Berlin, S. 7, 10 f.; vgl. Kohler in dieser Zeit-

schrift, Bd. 23, S. 282). Sachlich ist sie jedoch von dieser durchaus verschieden. Während die ägyptische Traditionsurkunde nur bei Privatverträgen ausgestellt wird — und zwar anscheinend nur, wenn es sich um Immobilien handelt —, wo sie den formellen Verzicht auf die tradierte Sache ausspricht, erscheint die jüdisch-ägyptische Verzichtsurkunde, soweit sich bisher erkennen läßt, nur auf Grund eines richterlichen Urteils, und zwar erkennt in ihr die unterlegene Partei das Recht der obsiegenden an, ohne Unterschied, ob Mobilien oder Immobilien den Gegenstand des Rechtstreites bildeten. Die bis jetzt vorliegenden „Verzichtsurkunden“ sind wohl sämtlich von dem mit seiner Klage abgewiesenen Kläger ausgestellt[9]). Dagegen wird die Quittung, die der obsiegende Kläger dem ihn befriedigenden Beklagten ausstellt, einfach „Urkunde“ genannt (vgl. Nr. 13).

Sachlich entsprechen dagegen der ägyptischen Traditionsurkunde Urkunden wie Nr. 1, 6, 10, die den formellen Verzicht des Ausstellers auf die den Gegenstand des Geschäftes bildende Sache aussprechen. Die Eigentumsübertragung erfolgte also — wie im deutschen Recht bei der Traditio per chartam — durch Uebergabe einer Urkunde. Diese wird „Urkunde“ (Nr. 10) bzw. „Urkunde betr. ein Haus“ (Nr. 6) genannt.

Uebrigens findet sich auch eine der demotischen „Urkunde für Silber“ (sẖꜣ r-tb ḥt) entsprechende Bezeichnung „Silberurkunde“ (sephar kesaph) in den aramäischen Papyri wieder. Hier jedoch wird damit ein Darlehnsschuldschein bezeichnet (vgl. Nr. 9).

---

[9]) Es scheint demnach, daß die unterlegene Partei zur schriftlichen Anerkennung des Rechts der obsiegenden Partei verurteilt wurde, wodurch sich die schriftliche Fixierung des Urteils erübrigt haben würde. Die Verzichtserklärung wurde vor dem Richter abgegeben (vgl. Nr. 14). — Genau dieselbe Erscheinung findet sich auch im altbabylonischen Recht. Vgl. Kohler-Ungnad, Hammurabis Gesetz, IV, S. 98 f.; V, S. 123.

Nationalitätsverhältnisse.

Die Papyri zeigen ein völliges Durcheinander verschiedener Nationen. Es erscheinen Aegypter, Perser, Babylonier, Juden, vielleicht auch Libyer und Araber. Daß hier wirklich verschiedene Nationalitäten nebeneinander lebten, ergibt sich aus Zusätzen wie „der Babylonier“, „der Chorazmier“ in Nr. 5. Des öfteren scheint die Nationalität gewechselt worden zu sein; so trägt der Aegypter Esḥôr nach seiner Verheiratung mit der Jüdin Mibhṭaḥjâh den jüdischen Namen Nathan, und mehrfach finden sich Fälle, in denen der Vater einen ägyptischen oder babylonischen und der Sohn einen aramäischen Namen (oder umgekehrt) trägt.

Die Juden bewohnten in Assuan-Elephantine ein besonderes Stadtviertel, in dem sich ein Tempel des Jâhô (Jahwe) befand. Eide wurden von den Juden in der Regel bei Jâhô geleistet; in dem Prozesse der Jüdin Mibhṭaḥjâh gegen den Aegypter Pî' schwor jedoch Mibhṭaḥjâh bei der ägyptischen Göttin Sathî. Die in den Urkunden erwähnten Juden scheinen sämtlich Angehörige der Militärkolonie gewesen zu sein.

Die Militärkolonie.

Unter Psammetich I. (664—616 v. Chr.) wurde in Elephantine eine Militärkolonie zum Schutze der Grenze gegen Nubien gegründet, die auch in persischer Zeit noch bestand[10]). Die Mitglieder dieser Kolonie waren offenbar Juden[11]), und die

---

[10]) Herodot II, 30: Ἐπὶ Ψαμμητίχου βασιλέως φυλακαὶ κατέστασαν ἔν τε Ἐλεφαντίνῃ πόλι πρὸς Αἰθιόπων καὶ ἐν Δάφνῃσι . . . ἔτι δὲ ἐπ' ἐμεῦ καὶ Περσέων κατὰ ταὐτὰ αἱ φυλακαὶ ἔχουσι ὡς καὶ ἐπὶ Ψαμμητίχου ἦσαν. καὶ γὰρ ἐν Ἐλεφαντίνῃ Πέρσαι φρουρέουσι καὶ ἐν Δάφνῃσι.

[11]) Pseudo-Aristeas (ed. Wendland, Leipzig 1900) § 35: Ἐπεὶ συμβαίνει πλείονας τῶν Ἰουδαίων εἰς τὴν ἡμετέραν χώραν κατῳκίσθαι γενηθέντας ἀνασπάστους ἐκ τῶν Ἱεροσολύμων ὑπὸ Περσῶν. — §§ 12, 13: ἤδη μὲν καὶ πρότερον ἱκανῶν εἰσεληλυθότων σὺν τῷ Πέρσῃ καὶ πρὸ τούτου ἑτέρων συμμαχῶν ἐξαπεσταλμένων πρὸς τὸν τῶν Αἰθιόπων βασιλέα μάχεσθαι σὺν Ψαμμητίχῳ: ἀλλ' οὐ τοσοῦτοι τῷ πλήθει παρεγενήθησαν ὅσους Πτολεμαῖος ὁ τοῦ Λάγου μετήγαγε.

in den aramäischen Papyri erwähnten jüdischen Söldner sind wohl ihre Nachkommen[12]). Jedenfalls müssen sie zur Zeit der Eroberung Aegyptens durch Kambyses (525 v. Chr.) schon längere Zeit dort gewohnt haben, weil sie damals bereits einen Jâhôtempel besessen haben (vgl. Nr. 36)[13]).

Ueber die Organisation der Militärkolonie läßt sich aus den Urkunden nur wenig entnehmen. Aus diesem Grunde läßt sich auch nicht feststellen, inwiefern eine Vergleichung mit den κατοικίαι der Ptolemäer- und Römerzeit, insbesondere den jüdischen Militärkolonien von Leontopolis und Heliopolis[14]) oder dem bei Herodot erwähnten Τυρίων στρατόπεδον[15]), möglich ist. In Nr. 8 erwähnt der Schuldner, der wahrscheinlich Militärkolonist war, einen „Anteil", den er aus dem „Schatze" erhält. Auch sonst werden öfter „Anteile" (פרס oder מנתא) genannt, die auch Frauen zustehen, z. B. in Nr. 1, wo zwei Frauen mit einer anderen die Hälfte eines Anteils austauschen, der ihnen „von den Richtern des Königs und dem Heeresoberst Rûkh (?)" gegeben ist (vgl. auch Nr. 22). Welcher Art diese Anteile sind, ob darunter Soldzahlungen, Landanweisungen (so Sachau) oder Anweisungen auf Lebensmittel zu verstehen sind, geht aus den Urkunden nicht hervor. (Vgl. Lidzbarski, Deutsche Literaturzeitung, XXXII, Sp. 2974 f.) Als Angehörige der jüdischen Militärkolonie werden auch Frauen aufgeführt (vgl. Nr. 32). Aus den Urkunden ergibt sich, daß die Militärkolonisten — auch Frauen — Grundstücke besitzen, über die sie völlig frei verfügen.

Die Garnison von Assuan-Elephantine war in Abteilungen

---

[12]) Sachau, Aram. Pap. u. Ostr., S. XIV, 37; Theis, Wiss. Beil. zur „Germania" vom 23. November 1911, S. 373.

[13]) Auch sonst waren in Aegypten, und zwar auch in Oberägypten, schon zu jener Zeit Judenkolonien angesiedelt; vgl. Jes. 19, 18 f.; Jer. 42 ff.; Ezech. 30, 13 ff.

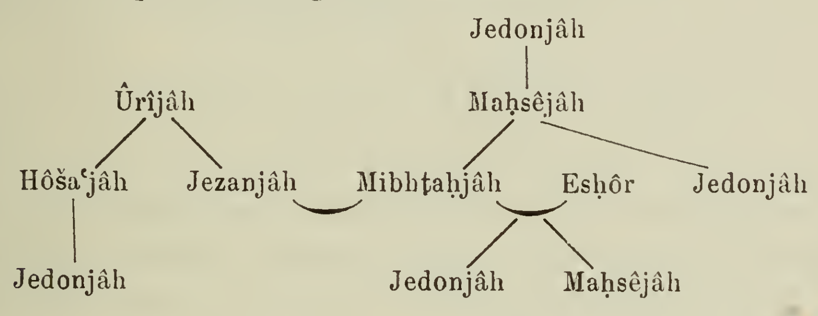
[14]) Vgl. Willrich, Der Chelkiasstein. Arch. f. Papyrusforsch. 1901, I, S. 48 ff.

[15]) Herodot II, 112. Vgl. auch Wilcken, Arch. f. Papyrusforsch. 1907, IV, S. 261, Nr. 183.

(degel) eingeteilt, die nach Personen, wahrscheinlich den ersten Führern, benannt waren. Sechs solcher Führernamen sind überliefert; davon sind vier (Varîzath, Artabanu, Athropharna, Haumadata) persisch, zwei (Iddinnebô, Nebôkudurrî) babylonisch. Die Abteilungen zerfielen anscheinend in Hundertschaften (מאתא). Vgl. Nr. 2.

Die Familie des Maḥsêjâh bar Jedonjâh.

Die Urkunden 4—7 und 10—15 entstammen anscheinend einem Familienarchiv. Daß die Urkunden aber nur zusammengebracht worden sind, um als Belege bei der Erbschaftsteilung zwischen Jedonjâh und Maḥsêjâh (vgl. Nr. 15) zu dienen, wie Peiser (Orientalistische Literaturzeitung XI, S. 73 ff.) meint, ist wohl kaum anzunehmen, wenigstens fehlt jeder Anhaltspunkt dafür. Die Genealogie der Familie, wie sie sich aus den Urkunden ergibt, ist folgende:



Geldwesen.

Die Geldwirtschaft ist bereits vollständig entwickelt; doch ist nicht an ausgeprägte Münzen, sondern an abgewogene Metallstücke zu denken. Die in den Urkunden erwähnten Geldstücke sind Kereš, Sekel, d.(r.?)[16]), ḥallûr. Ueber das Verhältnis der Geldsorten zueinander läßt sich wenig feststellen. Aus der Berechnung in Papyrus Nr. 8 ergibt sich, daß 1 Kereš = 10 Sekel

---

[16]) „d." oder „r." (welche Lesart die richtige ist, läßt sich bei der Aehnlichkeit der beiden aramäischen Buchstaben nicht feststellen) wird entweder als „Drachme" (דרכמון) oder als „Viertel" (רבע) gedeutet.

ist; 1 Sekel wird 4 oder 5 d. enthalten haben[17]); 1 ḥallûr wird dann entweder $^{1}/_{40}$ oder $^{1}/_{100}$ Sekel ausgemacht haben. Der Zusatz „im Königsgewicht“ soll wahrscheinlich die persische Währung im Gegensatze zur nationalägyptischen („im Ptahgewicht“? Vgl. Nr. 8) bezeichnen. Da das Verhältnis der Geldsorten zueinander nicht feststeht, läßt sich auch der Zinsfuß in Nr. 8 und 9 nicht berechnen; er wird wahrscheinlich jährlich entweder 24 % oder 60 % betragen haben. Ebenso läßt sich auch schwer sagen, was die häufig wiederkehrende Bemerkung „2 d. auf den Zehner“ (in Nr. 10: 2 d. auf den Kereš) bedeutet. Der „Zehner“ ist jedenfalls identisch mit dem Kereš als Zehnsekelstück; „2 d.“ wird vielleicht den Zuschlag bei der Umrechnung der nationalägyptischen in die persische Währung bezeichnet haben[18]).

B. Die Urkunden im einzelnen.

I. Privatrechtliche Urkunden.

1.

(Sachau S. 113, Nr. 31, Pap. 30.) 494 v. Chr.

Tauschvertrag.

Zwei Frauen haben einer dritten die Hälfte eines „Anteils“ (מנתא) abgetreten, den ihnen die „Richter des Königs und der Heeresoberst Rûkh(?)“ gegeben haben, und zwar tauschweise gegen die Hälfte des Anteils, den die letztere zu-

[17]) Die Annahme, daß der persische Sekel = 4 d. gewesen sei, scheint mir den Vorzug zu verdienen. Der „Sekel im Ptahgewicht“ in Nr. 8 wird jedenfalls der ägyptische qite gewesen sein, dessen Wert dem des σίγλος μηδικός oder eines halben persischen Sekels gleich war; da es in dieser Urkunde anstatt des sonst gebräuchlichen „2 d. auf den Zehner“ heißt „1 Sekel auf den Zehner“, so wird man 2 d. dem nationalägyptischen Sekel, d. h. dem qite, gleichsetzen dürfen und erhält so 2 d. = 1 qite, d. h. 4 d. = 1 pers. Sekel.

[18]) Man vergleiche die ähnliche Angabe der demotischen Urkunden „24 Kupfer (obolen) 2 Zehntel“, d. h. 24 Obolen = 2 qite, wobei der qite „Zehntel“, nämlich als $^{1}/_{10}$ deben, genannt wird. Vgl. Spiegelberg bei Th. Reinach, Papyrus grecs et démotiques, Anm. zum demot. Pap. 1.

sammen mit einer andern Frau erhalten hatte. Die Ausstellerinnen erklären, das Recht der Gegenpartei künftig nicht bestreiten zu wollen. Als Vertragstrafe werden 5 Kereš festgesetzt. Von den Zeugennamen sind drei erhalten; ein Schreiber ist nicht genannt. Die Urkunde hat im wesentlichen den Inhalt der ägyptischen Traditionsurkunden (sḫꜣ n wj).

Um was für einen „Anteil“ es sich handelt, geht aus der Urkunde nicht hervor. Von einer Landanweisung wird kaum die Rede sein, da, wie Sachau mit Recht annimmt, in diesem Falle die Beschreibung der Grundstücksgrenzen erwartet werden müßte. Die Annahme Sachaus, daß noch eine zweite Urkunde, eine „Zessionsurkunde“, vorhanden gewesen sei, in der die Grenzen der ausgetauschten Anteilshälften genau bestimmt waren, trifft deswegen nicht zu, weil die vorliegende Urkunde gerade die „Zessionsurkunde“ ist. Ebenso spricht meines Erachtens der Umstand, daß die Vertragsstrafe auf 5 Kereš festgesetzt ist, nicht dafür, daß es sich um einen Grundstücksanteil handelt. Die Strafe von 5 Kereš ist keineswegs besonders hoch, sondern findet sich beispielsweise auch in den Urkunden Nr. 4 und 11, wo es sich nicht um besonders hohe Objekte handelt. Bei Grundstücken beträgt die Vertragstrafe in der Regel mehr, nämlich 10 Kereš (vgl. oben S. 16). Auch haben beim Abschlusse dieses Vertrages wohl nur 4 Zeugen mitgewirkt, während sich bei Immobiliarverträgen sonst stets 8 Zeugen finden. Ich möchte annehmen, daß es sich in der vorliegenden Urkunde um eine Anweisung auf Lebensmittel (Getreide) handelt (vgl. auch Nr. 2 und 3). Vielleicht ist der hier erwähnte „Anteil“ (מנחא) identisch mit dem „Anteil“ (פרס) in Nr. 2 und 8.

2.

(Sachau S. 99, Nr. 27, Pap. 25.) ca. 483 v. Chr.

Proviantkauf?

Es scheint sich in dieser Urkunde um einen Proviantkauf oder ein Frachtgeschäft zu handeln. Kontrahenten sind einer-

seits Hôšaʿ bar Hôdavjâh und Aḥî'âb bar Gemarjâh und andererseits der Zimmermann Espemêth (?) bar Ḥananî. Die beiden ersteren haben von dem letzteren für die „Hundertschaft (מאתא) des Bêthêltequm (?)" und die „Hundertschaft des Nebôšâlêv" ein bestimmtes Maß Linsen[19]) und Gerste erhalten, um es beim „Hause des Königs" und den „Schreibern des Schatzes" (ספרי אוצרא) abzuliefern. Sie bekennen, dafür eine bestimmte Summe schuldig zu sein (oder: als Vertragstrafe zu zahlen, wenn sie die Linsen und die Gerste nicht gehörig abliefern?), und verpfänden hierfür ihren „Anteil" (פרס)[20]), den sie aus dem „Hause des Königs" erhalten sollen, mit der Maßgabe, daß der Gläubiger — wohl, wenn nicht rechtzeitig geleistet wird — über den Anteil verfügen darf, bis er sein Getreide vollständig bezahlt erhalten hat. Als Schreiber scheint der eine Schuldner fungiert zu haben, der nach der Aussage des anderen geschrieben hat. Von den Zeugennamen sind hier 7 erhalten. Weshalb mehr als 4 Zeugen zugegen gewesen sind, ist nicht ersichtlich.

Unter „Hundertschaft" wird wohl ein militärischer Körper, und zwar, wie Sachau vermutet, eine Unterabteilung des degel zu verstehen sein. „Haus des Königs" ist wohl das Gebäude, in dem die persische Lokalverwaltung ihren Sitz hatte. Die „Schreiber des Schatzes" sind vermutlich die Beamten der Finanzverwaltung.

3.

(Sachau S. 106, Nr. 29, Pap. 26.) 483 v. Chr.

Proviantkauf?

Diese Urkunde gehört auf das engste mit der vorigen zusammen. Die Kontrahenten sind dieselben wie in Nr. 2. Auch

---

[19]) So nach Perles, Orient. Lit. Zeit. XIV, S. 99.

[20]) Sachau übersetzt (S. 52) nach Analogie des Syrischen „Getreidemaß" (σιτομέτριον) und nimmt an, daß es sich um Getreiderationen handelt (S. 101). Auch mir erscheint dies zutreffend.

hier handelt es sich um Lieferung von Linsen und Gerste für Hundertschaften. Leider sind nur die Zeilenanfänge der Urkunde erhalten, so daß sich Genaueres über ihren Inhalt nicht entnehmen läßt. Möglicherweise ist sie eine zweite Ausfertigung der Urkunde Nr. 2 (vgl. Sachau S. 107). Die Zeugennamen stimmen, soweit sie erhalten sind, mit denen in Nr. 2 überein.

4.

(Sayce-Cowley, A.) 471 v. Chr.

Einräumung eines Platzrechts.

Urkunde betr. einen Anbau, die Qonjâh dem Maḥsêh ausgestellt hat.

Am 18. Elûl, d. i. am 28. Tage des Paḥons des Jahres 15 des Königs Xerxes sprach Qônjâh, Sohn des Ṣadoq, Aramäer aus Syene, von der Abteilung Varîzath, zu Maḥsêjâh, Sohn des Jedonjâh, Aramäer aus Syene, von der Abteilung Varîzath, folgendermaßen:

„Ich bin zu dir gekommen, und du hast mir den Torweg deines Hauses gegeben, um dort einen Anbau zu errichten.

Jener Anbau soll dir gehören, der mit meinem Hause an seiner südlichen Ecke zusammenhängt.

Jener Anbau soll mit der Seite meines Hauses zusammenhängen, von der Erde bis oben, von der südlichen Ecke meines Hauses bis zum Hause des Zekarjâh.

Weder morgen noch an einem anderen Tage werde ich dich hindern können, auf jenem deinem Anbau weiterzubauen; wenn ich dich hindere, werde ich dir 5 kereš Silber im Königsgewicht, lauteres Silber, zahlen.

Und jener Anbau gehört gewißlich (dir). Und wenn Qônjâh gestorben ist, wird weder morgen noch an einem anderen Tage Sohn oder Tochter, Bruder oder Schwester, naher oder entfernter Verwandter, Soldat oder Bürger, den Maḥsêh oder seinen Sohn hindern können, auf jenem seinem Anbau weiterzubauen. Wer immer von ihnen ihn hindert, soll ihm die an-

gegebene Summe zahlen. Und der Anbau gehört gewißlich dir, und du bist berechtigt[21]), auf ihm nach oben hin weiterzubauen.

Und ich werde nicht zu Maḥsêh folgendermaßen sprechen können: ‚Jener Torweg gehört dir nicht, und du darfst nicht auf die Straße hinausgehen, die zwischen uns und dem Hause des Schiffers Pephṭaʿavnîth liegt.' Wenn ich dich hindere, so werde ich dir die oben angegebene Summe zahlen. Und du bist berechtigt, jenes Tor zu öffnen und auf die Straße hinauszugehen, die zwischen uns liegt."

Geschrieben hat Pelaṭjâh, Sohn des Aḥjô, diese Urkunde nach der Aussage des Qônjâh.

Zeugen dafür sind:
Zeuge Maḥsêh, Sohn des Ješaʿjâh,
Zeuge Sathibarzana, Sohn des Atharilî,
Zeuge Šemaʿjâh, Sohn des Hôšaʿ,
Zeuge Phratapharna, Sohn des Arthapharna,
Zeuge Bagadata, Sohn des Nebôkudurrî,
Nebôlî, Sohn des Dargâ,
Zeuge Benthiraš, Sohn des Raḥamreʿa,
Zeuge Šallum, Sohn des Hôšaʿjâh.

Auf dem Gange, der sich zwischen dem Hause des Qônjâh und dem des Maḥsêjâh befindet, aber im Eigentum des letzteren steht und ihm als Torweg dient, will Qônjâh einen Bau errichten, der anscheinend das Dach seines Hauses vergrößern soll. Da aber dieser Bau auf fremdem Grund und Boden errichtet werden soll und somit in das Eigentum des

---

[21]) שליט (wörtlich „Herr") wird bald wie hier in Verbindung mit einem Infinitiv gebraucht („berechtigt etwas zu tun"), bald in Verbindung mit einem Substantivum. Im letzteren Falle übersetze ich es durch „verfügungsberechtigt über . . ." Es bezeichnet dann stets das Eigentum an einer Sache.

Grundeigentümers fallen würde (superficies solo cedit), läßt sich Qônjâh von Maḥsêjâh ein Platzrecht daran einräumen.

Die vorliegende Urkunde ist diejenige, die Qônjâh dem Maḥsêjâh ausgestellt hat und in derer das Eigentum des Maḥsêjâh an dem aufzuführenden Bau anerkennt, wobei besonders das Recht des Maḥsêjâh, auf dem Bau weiterzubauen und den Torweg zu benutzen (der also durch den Bau nicht versperrt wurde), hervorgehoben wird. In entsprechender Weise hat wohl Maḥsêjâh dem Qônjâh eine Urkunde ausgestellt, in der er ihm das Platzrecht einräumt[22]).

5.

(Sayce-Cowley, B.) 465 v. Chr.

Verzichtsurkunde.

Verzichtsurkunde, die Dargman, Sohn des Ḥaršîn, dem Maḥsêjâh ausgestellt hat.

Am 18. Kislêv, d. i. am 7. Teḥôth des Jahres 21 (des Xerxes d. h.) des Beginns der Regierung, als König Artaxerxes den Thron bestieg, sprach der Chorazmier Dargman, Sohn des Ḥaršîn, dessen Quartier (?) in der Festung Jêb[23]) ist, von der Abteilung Artabanu, zu Maḥsêjâh, Sohn des Jedonjâh, einem Juden aus der Festung Jêb, von der Abteilung Varîzath, folgendermaßen:

„Du hast mir geschworen bei Jâhô, dem Gott in der Festung Jêb, du und dein Weib und dein Sohn[24]), ihr alle drei, hinsichtlich meines Grundstücks, wegen dessen ich gegen dich geklagt habe vor Damidata und seinen Genossen, den

---

[22]) Die Einräumung eines Platzrechts findet sich auch im altbabylonischen Recht. Vgl. Kohler-Ungnad, Hammurabis Gesetz III, S. 242.

[23]) Der ägyptische Name der Nilinsel Elephantine.

[24]) Diese haben wohl als Eideshelfer fungiert. Eideshilfe kommt auch in demotischen Urkunden vor, vgl. z. B. Pap. dem. Straßb. 12: Spiegelberg, Die demot. Pap. der Straßb. Bibl. S. 34.

Richtern[25]); und sie haben dir auferlegt, mir bei Jâhô einen Eid zu schwören in Ansehung jenes Grundstücks: ‚Es ist nicht das Grundstück des Dargman, (sondern) das meine[26].‘

Auch siehe die Grenzen jenes Grundstücks, wegen dessen du mir geschworen hast:

Mein — des Dargman — Haus im Osten von ihm;

und das Haus des Qônjâh, Sohnes des Ṣadoq, eines Juden von der Abteilung Athropharna, im Westen von ihm;

und das Haus des Jezanjâh, Sohnes des Ûrîjâh, eines Juden von der Abteilung Varîzath, an seiner Nordseite;

und das Haus des Kataraktschiffers Espemêth, Sohnes des Pevṭaʿavnîth, an seiner Südseite[27].

Du hast mir bei Jâhô geschworen und hast mein Herz befriedigt hinsichtlich des Grundstücks, wegen dessen ich gegen dich keinen Prozeß werde anhängig machen können, ich oder mein Sohn oder meine Tochter, mein Bruder oder meine Schwester, naher oder entfernter Verwandter, gegen dich oder deinen Sohn oder deine Tochter, deinen Bruder oder deine Schwester, nahen oder entfernten Verwandten. Wenn jemand gegen dich klagen wird in meinem Namen wegen jenes Grundstücks, so werde ich dir 20 — d. s. zwanzig — kereš Silber im Königsgewicht, 2 d. Silber auf den Zehner, zahlen. Und jenes Grundstück ist gewißlich das deine, und du sollst fern sein von jedem Prozesse, den man gegen dich in Ansehung jenes Grundstücks anstrengen wird.“

Geschrieben hat Êthân, Sohn des Abâh, diese Urkunde in der Festung Syene nach der Aussage des Dargman.

Zeuge Hôšaʿ, Sohn des Peṭeḥnûm,

Zeuge Gâdôl, Sohn des Jigdal,

---

[25]) Das Gericht war also Kollegialgericht.

[26]) Es ist dies der dem Beklagten auferlegte Reinigungseid, der sachlich dem sog. „Depositeneid“ (šebûʿat happiqdôn) des talmudischen Rechts (Šeb. V, 1) entspricht.

[27]) Die Orientierung ist unrichtig, wie sich aus Nr. 6 ergibt, wo es sich um dasselbe Grundstück handelt.

Zeuge Gemarjâh, Sohn des Aḥjô,
Mešullâm, Sohn des Hôšaʿ,
Sinkasid, Sohn des Nebôsumiskun,
Zeuge Hadadnûrî, Babylonier,
Zeuge Gedaljâh, Sohn des ʿAnanjâh,
Zeuge Arjîsâ, Sohn des Arûsathmar.

Dargman hat dem Maḥsêjâh das Eigentum an einem Grundstück streitig gemacht und gegen ihn Klage erhoben. Dem Beklagten wurde der Reinigungseid auferlegt, den dieser als Jude bei Jahwe leistete. Die Klage wurde darauf abgewiesen. In der vorliegenden Urkunde erkennt Dargman das Eigentum des Maḥsêjâh an dem streitig gewesenen Grundstück an.

6.

(Sayce-Cowley, D.) 459 v. Chr.

Mitgiftbestellung.

Urkunde betr. ein Haus, die Maḥsêjâh, Sohn des Jedon, der Mibhṭaḥ, Tochter des Maḥsêh, ausgestellt hat.

Am 21. Kislêv, d. i. am 1. Mesôreʿ des Jahres 6 des Königs Artaxerxes, sprach Maḥsêjâh, Sohn des Jedonjâh, ein Jude, begütert in der Festung Jêb, von der Abteilung Haumadata, zu der Frau (? נשן) Mibhṭaḥjâh, seiner Tochter, folgendermaßen:

„Ich gebe dir ein Haus von meinem Grundeigentum für die Zeit meines Lebens und nach meinem Tode.

Sein Maß ist: in der Länge vom Nord- bis zum Südende 13 Ellen und 1 Spanne, in der Breite von Osten bis Westen 11 Ellen im Maßstab.

Seine Grenzen sind:

Südlich von ihm hängt mit ihm das Haus des Dargman, Sohn des Ḥaršîn, zusammen;

nördlich von ihm das Haus des Qônjâh, Sohnes des Ṣadoq;

östlich von ihm das Haus des Jezan, Sohnes des Ûrijâh, deines Mannes, und das Haus des Zekarjâh, Sohnes des Nathan;

westlich von ihm das Haus des Kataraktschiffers Espemêth, Sohnes des Pephṭaʿavnîth.

Jenes Haus von dem Grundeigentum gebe ich dir für die Zeit meines Lebens und nach meinem Tode. Du bist darüber verfügungsberechtigt von heute an immerdar, und deine Kinder nach dir; wenn du willst, kannst du es geben.

Ich habe sonst keinen Sohn und keine Tochter, Bruder oder Schwester oder Frau oder sonst jemand, der über jenes Grundstück verfügungsberechtigt ist außer dir und deinen Kindern immerdar. Wer gegen dich vor Gericht klagt oder gegen deinen Sohn oder deine Tochter oder sonst jemand von dir wegen jenes Grundstücks, das ich dir gebe, und wer den Statthalter und den Richter[28]) gegen dich aufbringt, soll dir und deinen Kindern 10 — d. s. zehn — kereš Silber im Königsgewicht, zu 2 d. Silber auf den Zehner, zahlen, und kein Prozeß soll entstehen.

Und das Haus ist gewißlich dein Haus und das deiner Kinder nach dir. Und nicht soll man gegen dich eine neue oder alte Urkunde in meinem Namen vorbringen über jenes Grundstück (in der ich verspreche), es einem anderen zu geben. Jene Urkunde, die man gegen dich vorbringt, wird falsch sein. Ich habe sie nicht geschrieben, und sie soll vor Gericht nicht anerkannt werden, solange diese Urkunde in deiner Hand ist. Auch werde ich, Maḥsêjâh, sie nicht morgen oder an einem anderen Tage dir wegnehmen, um sie einem anderen zu geben.

Jenes Grundstück gehört dir; baue darauf und gib (es), wem du willst. Wenn ich morgen oder an einem anderen Tage gegen dich Klage erhebe und sage: ‚Ich habe (es) dir nicht gegeben‘, so werde ich dir 10 kereš Silber im Königsgewicht,

---

[28]) Sagan ve dajjân „Statthalter und Richter“; sagan (assyr. šaknu „Statthalter“) ist wohl eine allgemeine Bezeichnung für den als Richter fungierenden persischen Stadtmagistrat. Vgl. Nr. 9 und meine Bemerkungen in Zeitschr. f. Ass. XXV, S. 352.

2 d. Silber auf den Zehner, zahlen, und kein Prozeß (soll entstehen). Und das Haus ist gewißlich dein Haus, und gehe ich vor Gericht, so werde ich nicht gewinnen, solange diese Urkunde in deiner Hand ist.

Auch ist eine Verzichtsurkunde vorhanden, die der Chorazmier Dargman, Sohn des Ḥaršîn, mir wegen jenes Grundstücks ausgestellt hat[29]), als er deswegen vor den Richtern geklagt hatte, und mir wurde darüber der Eid auferlegt, und ich habe ihn geschworen, daß es das meine sei; und er hat eine Verzichtsurkunde ausgestellt und mir gegeben. Diese Urkunde gebe ich dir; nimm sie in Empfang[30]). Wenn morgen oder an einem anderen Tage Dargman oder sein Sohn gegen dich klagt wegen jenes Hauses, so hole jene Urkunde hervor, und stehe auf, um mit ihr Klage zu erheben[31])".

Geschrieben hat ʿAtharšûrî, Sohn des Nebôzeribni, diese Urkunde in der Festung Syene nach der Aussage des Maḥsêjâh.

Zeugen dafür sind:
Zeuge Gemarjâh, Sohn des Maḥsêjâh,
Zeuge Zekarjâh, Sohn des Nathan,
Zeuge Hôšaʿ, Sohn des Pelaljâh,
Zeuge Zekarjâh, Sohn des Mešullâm,
Zeuge Maʿuzîjâh, Sohn des Malkîjâh,
Zeuge Šemaʿjâh, Sohn des Jedonjâh,
Zeuge Jedonjâh, Sohn des Maḥsêjâh.
Zeuge Nathan, Sohn des ʿAnanjâh,
Zakkûr, Sohn des Ṣephanjâh,
Zeuge Hôšaʿ, Sohn des Reʿûjâh,

---

[29]) Die Urkunde Nr. 2.

[30]) Es soll durch sie eventuell der Eigentumsbeweis geführt werden. Auch in demotischen Urkunden findet sich die Uebertragung der auf die betr. Sache bezüglichen Urkunden. (Spiegelberg, Die demot. Pap. der Straßb. Bibl. S. 9.)

[31]) Nämlich Widerklage wegen der Vertragsstrafe von 20 Kereš (vgl. Nr. 2).

Zeuge Maḥsêh, Sohn des Ješaʿjâh,
Zeuge Hôšaʿ, Sohn des Jigdal.

In der vorliegenden Urkunde überträgt Maḥsêjâh das Eigentum an einem ihm gehörigen Grundstücke seiner Tochter Mibhṭaḥjâh als Mitgift für ihre Ehe mit Jezanjâh. Die Frau bleibt also hier, wie in den übrigen orientalischen Rechten, Eigentümerin der Mitgift.

7.

(Sayce-Cowley, C.) 459 v. Chr.

Mitgiftbestellung.

Am 21. Kislêv, d. i. am 1. Mesôreʿ des Jahres 6 des Königs Artaxerxes, sprach Maḥsêjâh, Sohn des Jedonjâh, Jude aus Jêb, von der Abteilung Haumadata, zu Jezanjâh, Sohn des Ûrîjâh, von derselben Abteilung, folgendermaßen:

„Mir gehört ein Hausgrundstück, westlich von deinem Hause, das ich der Mibhṭaḥjâh, meiner Tochter, deiner Frau, gegeben habe, und ich habe ihr eine Urkunde darüber ausgestellt [32]).

Das Maß jenes Hauses beträgt 13 Ellen und 1 Spanne zu 11 (Ellen) im Maßstab.

Nunmehr sage ich, Maḥsêjâh, zu dir:

Baue auf jenem Grundstück, bereite (?) . . ., wohne darin mit deiner Frau; aber du bist nicht berechtigt, jenes Haus zu verkaufen oder es anderen zu schenken, sondern deine Kinder von Mibhṭaḥjâh, meiner Tochter, sie sollen nach euch darüber verfügungsberechtigt sein.

Wenn du morgen oder an einem anderen Tage auf jenem Grundstück baust, und dann meine Tochter dich hassen [33]) und

---

[32]) Die Urkunde Nr. 6.

[33]) Hiermit ist wohl nicht die formelle Scheidung gemeint, sondern der Fall, daß die Frau sich dem Manne entzieht. Vgl. näher Nr. 12 und Barth in Rev. sém. 1907, S. 522.

dich verlassen wird, so soll sie nicht berechtigt sein, es zu nehmen und anderen zu geben, sondern deine Kinder von Mibhṭaḥjâh, sie sollen darüber verfügungsberechtigt sein (als Ausgleich) für die Arbeit, die du getan hast. Wenn sie es von dir herausfordert, soll eine Hälfte des Hauses ihr zustehen, und über die andere Hälfte sollst du verfügungsberechtigt sein (als Ausgleich) für die Baulichkeiten, die du errichtet hast in jenem Hause. Und später sollen über diese Hälfte deine Kinder von Mibhṭaḥjâh, sie sollen darüber verfügungsberechtigt sein nach dir.

Wenn ich morgen oder an einem anderen Tage gegen dich Klage erhebe und sage: ‚Nicht habe ich dir jenes Grundstück gegeben, um darauf zu bauen, und nicht habe ich für dich diese Urkunde geschrieben,‘ so werde ich dir 10 kereš Silber im Königsgewicht, 2 d. Silber auf den Zehner, zahlen, und kein Prozeß (soll entstehen).“

Geschrieben hat ʿAtharšûrî, Sohn des Nebôzeribni, diese Urkunde in der Festung Jêb nach der Aussage des Maḥsêjâh.

Zeugen dafür sind:
Zeuge Hôšaʿ, Sohn des Pelaljâh,
Zeuge Zekarjâh, Sohn des Nathan,
Zeuge Gemarjâh, Sohn des Maḥsêjâh,
Zeuge Zekarjâh, Sohn des Mešullâm,
Zeuge Maʿuzîjâh, Sohn des Malkîjâh,
Zeuge Šemaʿjâh, Sohn des Jedonjâh,
Zeuge Jedonjâh, Sohn des Maḥsêjâh,
Zeuge Nathan, Sohn des ʿAnanjâh,
Zeuge Hôšaʿ, Sohn des Reʿûjâh,
Zeuge Maḥsêh, Sohn des Ješaʿjâh,
Zeuge Zakkûr, Sohn des Ṣephanjâh,
Zeuge Hôšaʿ, Sohn des Jigdal.

Die vorliegende Urkunde hängt aufs engste mit der Urkunde Nr. 6 zusammen, mit der sie auch das Datum, sowie den Schreiber und die Zeugen gemein hat. Während Maḥsêjâh

in Nr. 6 das Haus seiner Tochter als Eigentum überträgt, stellt er in der vorliegenden Urkunde die Rechte seines Schwiegersohnes Jezanjâh an dem Grundstücke fest. Dieser hat danach nur ein Nutznießungsrecht. Nach dem Tode der Frau fällt die Mitgift nicht an den Mann, sondern an die Kinder, ebenso, wenn die Frau den Mann „haßt"; im letzteren Falle scheint dies jedoch nicht die Regel gewesen zu sein, denn es heißt ausdrücklich „(als Ausgleich) für die Arbeit, die du getan hast". Auch kann im Falle des „Hasses" auf Verlangen der Frau eine Auseinandersetzung stattfinden; dann soll jeder Ehegatte die Hälfte erhalten und nach dem Tode des Mannes dessen Anteil den gemeinsamen Kindern zufallen.

8.

(Sayce-Cowley, L.) Vor 456? v. Chr.

Darlehensschuldschein.

. . . Sohn des Jathmâ, folgendermaßen:

„Du hast mir 4 Sekel Silber im Gewicht des Ptaḥ[34]) gegeben, 1 Sekel auf den Zehner, und als Zinsen[35]) sind von mir 2 ḥallûr auf den Sekel monatlich zu zahlen bis zu dem Tage, an dem ich dir (das Kapital) zurückzahlen werde. Und der Zins soll 8 ḥallûr für 1 Monat betragen.

Und (jeden) Monat, in dem ich dir nicht die Zinsen dafür bezahlen werde, sollen sie Kapital werden und verzinslich sein.

Und ich werde sie dir Monat für Monat von meinem Anteil zahlen, den man mir aus dem Schatze geben wird[36]), und

---

[34]) In demotischen Urkunden heißt es ähnlich: vom Schatzhause des Ptaḥ.

[35]) Da wahrscheinlich beide Parteien Juden waren, so ergibt sich, daß das Zinsverbot des jüdischen Rechts hier keine Geltung hatte. Sogar Anatozismus war gestattet. Leider läßt sich der Zinssatz nicht berechnen, da der Wert eines ḥallûr unbekannt ist. Vgl. übrigens Nr. 9, wo sich dieselben Bestimmungen wiederfinden.

[36]) Ueber den „Anteil" (פרס) vgl. oben S. 20 und Anm. 20.

du wirst mir eine Quittung schreiben über alles Kapital und alle Zinsen, die ich dir bezahlen werde.

Und wenn ich dir nicht alles Geld und alle Zinsen bis zum Monat Teḥôth des Jahres 9 (?)[37]) zurückzahle, so soll dein Kapital und seine Zinsen, die noch von mir zu zahlen sind, anwachsen (?), und Zinsen sollen von mir Monat für Monat zu zahlen sein bis zu dem Tage, an dem ich dich befriedige."

Zeugen:
'Uqban, Sohn des Šemešnûrî,
Qoṣrî, Sohn des Jâhhaddarî,
Maḥsêjâh, Sohn des Jedonjâh,
Malkîjâh, Sohn des Zekarjâh.

Geschrieben hat die Urkunde Gemarjâh, Sohn des Aḥjô, nach der Aussage der Zeugen, die auf dieser Urkunde (genannt sind).

Die Urkunde ist ein Darlehensschuldschein. Der Aussteller hat 4 Sekel als Darlehen erhalten, die er mit monatlich 2 ḥallûr pro Sekel zu verzinsen verspricht. Nicht rechtzeitig gezahlte Zinsen sollen zum Kapital geschlagen und mit diesem weiter verzinst werden. Ist nicht innerhalb der festgesetzten Frist das Kapital samt Zinsen zurückgezahlt, so sind für die noch ausstehende Summe Verzugszinsen zu zahlen.

Bemerkenswert ist bei dieser Urkunde, daß der Schreiber erst nach den Zeugen genannt wird.

9.

(Sachau S. 108, Nr. 30, Pap. 28.) 456 v. Chr.

Darlehensschuldschein.

Die Urkunde ist vollständig erhalten. Sie ist ebenso wie die vorhergehende ein Darlehensschuldschein. Die Ausstellerin

[37]) Wenn die Lesung richtig ist, so wird das Jahr 9 des Artaxerxes, d. h. 456 v. Chr. gemeint sein.

Jehôḥan hat von dem Vertragsgegner Mešullâm ein Darlehen (יזפת) von 4 Sekeln Silber erhalten und verspricht, es mit monatlich 2 ḥallûr pro Sekel zu verzinsen (vgl. Nr. 8). Zinsrückstände werden zum Kapital geschlagen und mit diesem verzinst. Rückzahlungstermin ist das Jahresende. In dem Falle, daß Kapital und Zinsen bis dahin nicht zurückgezahlt sind, darf sich der Gläubiger unter den der Schuldnerin gehörigen Gegenständen einen heraussuchen und als Pfand (ערבן = ἀῤῥαβών) behalten, bis die Schuld vollständig getilgt ist. Das Pfand ist also Besitzpfand. Ferner wird die Einrede der Rückzahlung für die Zeit, in der der Gläubiger die Urkunde in Händen hat, sowie künftige Klage ausgeschlossen. Nach dem Tode des Gläubigers geht die Forderung auf seine Söhne, nach dem Tode der Schuldnerin die Schuld mit der Verpflichtung der Zinszahlung auf ihre Söhne über. Die Urkunde soll als Beweismittel dienen, denn solange sie in der Hand des Gläubigers ist, darf die Schuldnerin ihn wegen der Pfändung nicht „vor dem Sagan und dem Richter“ verklagen. Die Zahl der Zeugen beträgt 4.

Aus dieser Urkunde geht hervor, daß Jehôḥan, die anscheinend verheiratet war oder gewesen war und Kinder hatte, völlig geschäftsfähig war, da sie ohne den Beistand eines κύριος ein Darlehen aufnehmen konnte. Was das Wort נשן bedeutet, das sich ebenso wie in Nr. 6 vor dem Frauennamen findet, ist unbekannt. Sachau will (S. 109) darin einen Gegensatz zu מהחסן „begütert in . . .“ sehen, ein Ausdruck, der auch in Nr. 6 vorkommt.

Die Phrase „vor dem Sagan und dem Richter“ findet sich auch in Nr. 6 (vgl. Anm. 28). Vermutlich ist Sagan hier wie dort gleichbedeutend mit dem Rab ḥailâ. Vgl. auch Nr. 24 („vor dem Sagan und dem Herrn des . . .“) und Nr. 33, wo von dem „Sagan (d. h. dem Zunftmeister) der Zimmerleute“ die Rede ist. Daraus geht wohl hervor, daß Sagan eine allgemeinere Bezeichnung für „Vorsteher“, „Magistrat“ u. dgl. war.

Die Urkunde ist als „Silberurkunde“ (sephar kesaph) be-

zeichnet und entspricht somit wörtlich der ägyptischen „Urkunde für Silber“ (sẖ3 r-tb ḥt)[38], doch hat sie wohl nicht wie diese eine technische Bedeutung, jedenfalls nicht die der demotischen „Urkunde für Silber“, denn diese ist die Kaufpreisquittung des Verkäufers, die vorliegende aramäische Urkunde aber ist ein Darlehensschuldschein. Die letztere bildet daher auch nicht, wie Sachau (S. 111) anscheinend annimmt, einen Gegensatz zur „Traditions“urkunde. Vgl. oben S. 18.

10.

(Sayce-Cowley, E.) 446 v. Chr.

Hingabe an Erfüllungsstatt.

Urkunde des Maḥsêjâh, Sohnes des Jedonjâh, für seine Tochter Miphṭaḥjâh.

Am 3. Kislêv, d. i. am 10. Tage des Monats Mesôreʿ des Jahres 19 des Königs Artaxerxes, sprach Maḥsêjâh, Sohn des Jedonjâh, Aramäer aus Syene, von der Abteilung Varîzath, zu Miphṭaḥjâh, seiner Tochter, folgendermaßen:

„Ich gebe dir das Haus, das mir Mešullâm, Sohn des Zakkûr, Sohnes des Aṭer, Aramäer aus Syene, für seinen Wert gegeben hat, und er hat mir eine Urkunde darüber ausgestellt. Und ich gebe es der Miphṭaḥjâh, meiner Tochter, für Vermögensstücke, die sie mir gegeben hatte, als der Aufruhr (??) in der Festung war. Ich habe sie verzehrt (?) und habe kein Geld und keine Vermögensstücke gefunden, sie dir zu erstatten. Deshalb gebe ich dir dieses Haus für jene deine Vermögensstücke im Werte von 5 kereš Silber. Und ich gebe dir die Originalurkunde, die mir jener Mešullâm darüber ausgestellt hat.

Dieses Haus gebe ich dir und ich verzichte darauf. Dir gehört es und deinen Kindern nach dir, und wem du willst, kannst du es geben. Ich oder meine Söhne oder meine Nach-

[38]) Spiegelberg, Die demot. Papyrus der Straßburger Bibliothek S. 7 ff., und Demotische Papyrus aus den Königl. Museen zu Berlin S. 2 f.

kommen oder sonst jemand werden nicht gegen dich Klage erheben können wegen jenes Hauses, das ich dir gebe und über das ich dir die Urkunde ausstelle. Wer gegen dich Klage erheben wird, ich oder Bruder oder Schwester, naher oder entfernter Verwandter, Soldat oder Bürger, soll dir 10 kereš Silber zahlen. Und das Haus gehört gewißlich dir.

Auch soll niemand sonst eine Urkunde gegen dich vorbringen können, eine neue oder alte, außer dieser Urkunde, die ich dir ausstelle und aushändige. Wer eine Urkunde gegen dich vorbringt: ich habe sie nicht geschrieben.

Auch siehe, dies sind die Grenzen jenes Hauses:

südlich von ihm das Haus des Je'ôr, Sohnes des Penûljâh,

nördlich von ihm der Tempel des Gottes Jâhô,

östlich von ihm das Haus des Gâdôl, Sohnes des Ôšaʿ, und die Straße zwischen ihnen,

westlich von ihm (das Grundstück des) . . ., Sohnes des Palṭô, des Priesters der Götter Ḥnûm und Sathî.

Jenes Haus gebe ich dir und ich verzichte darauf. Dir gehört es immerdar, und wem du willst, gib es."

Geschrieben hat Nathan, Sohn des ʿAnanjâh, diese Urkunde nach der Aussage des Maḥsêjâh.

Zeugen hierfür sind:

Maḥsêjâh, Sohn (des Jedonjâh) — (hat) für sich selbst (geschrieben) —,

Mithḥasdah (?), Sohn des Mithḥasdah (?),

Sathibarzan, Sohn des Atharilî, Silberschmied,

Zeuge Barbarî, Sohn des Dargî, Silberschmied des Quartiers (?),

Zeuge . . ., Sohn des Šemaʿjâh,

Zakkûr, Sohn des Šallum.

Maḥsêjâh hat von seiner Tochter Vermögensstücke — anscheinend als Darlehen — erhalten. Da er sie nicht zurückerstatten kann, gibt er ihr in der vorliegenden Urkunde an Zahlungsstatt ein ihm gehöriges Haus.

11.

(Sayce-Cowley, F.) 440 v. Chr.

Verzichtsurkunde.

Verzichtsurkunde, die Pî' der Mibhṭaḥjâh ausgestellt hat.

Am 14. Ab, d. i. am 19. Tage des Paḥons des Jahres 25 des Königs Artaxerxes, sprach Pî', Sohn des Paḥoi, Baumeister aus der Festung Syene, zu Mibhṭaḥjâh, der Tochter des Maḥsêjâh, Sohnes des Jedonjâh, eines Aramäers aus Syene, von der Abteilung Varîzath:

„Wegen des Prozesses, den wir in Syene gehabt haben, wollen wir teilen hinsichtlich des Geldes und Getreides und der Kleidung und des Kupfers und des Eisens, alles Vermögens und aller Habe, und eine Urkunde werde ich geben.

Damals ist dir der Eid [39]) auferlegt worden, und du hast mir deswegen bei der Göttin Sathî geschworen, und mein Herz ist befriedigt durch jenen Eid, den du mir wegen jener Vermögensstücke geleistet hast, und ich verzichte auf (Ansprüche gegen) dich für heute und immerdar. Nicht werde ich gegen dich Klage erheben können, gegen dich oder deinen Sohn oder deine Tochter, wegen jener Vermögensstücke, wegen deren du mir geschworen hast. Wenn ich gegen dich Klage erhebe, oder mein Sohn oder meine Tochter wegen jenes Eides gegen dich klagen, so werde ich, Pî', oder meine Kinder, der Mibhṭaḥjâh 5 kereš Silber im Königsgewicht zahlen, und kein Prozeß (soll entstehen), und ich verzichte auf jeden Prozeß."

Geschrieben hat Pete'êsî, Sohn des Nebônathan, diese Urkunde in der Festung Syene nach der Aussage des Pî', Sohnes des Paḥoi.

---

[39]) Es handelt sich wahrscheinlich um einen Offenbarungseid, durch den festgestellt werden sollte, wie viel von dem Gesellschaftskapital der Mibhṭaḥjâh gehörte. Ueber einen ähnlichen Fall des Offenbarungseides im talmudischen Recht vgl. Kohler, in dieser Zeitschr. Bd. XX, Darstellung des talmudischen Rechts, § 70 a. E. — Pî' ist hiernach wohl der Kläger gewesen.

Zeugen dafür sind:
Nebôra'î, Sohn des Nebônathan,
Lûḥî, Sohn des Mannukî,
'Ôdnahar (?), Sohn des Dûmâ,
Nebôra'î, Sohn des Vustan.

Mibhṭaḥjâh hatte mit dem ägyptischen Baumeister Pî' eine Handelsgesellschaft betrieben. Das Gesellschaftskapital bestand aus Geld und anderen Gegenständen. Die Form der Gesellschaft war vielleicht die Kommenda, bei der Mibhṭaḥjâh der das Kapital gebende Teil war. Den Gegenstand des Geschäftsbetriebes bildeten wohl Baugeschäfte. Anscheinend entstanden jedoch Zweifel über die Höhe des Einlagekapitals der Mibhṭaḥjâh, und es kam zum Prozesse, in dem Mibhṭaḥjâh der Offenbarungseid auferlegt wurde, den sie auch leistete. Pî' wurde deshalb abgewiesen und stellte der Mibhṭaḥjâh obige Verzichtsurkunde aus.

Auffällig ist, daß Mibhṭaḥjâh bei der ägyptischen Göttin Sathî schwört. Vielleicht darf man daraus schließen, daß die Sache an einen nationalägyptischen Gerichtshof kam. Zu beachten ist jedenfalls, daß auch die 4 Zeugen Nichtjuden sind.

Mibhṭaḥjâh war, als die Urkunde ausgestellt wurde, zweifellos bereits verwitwet oder geschieden, denn schon 2 Monate später ging sie eine neue Ehe ein (Nr. 12). Es ist daher fraglich, ob sie erst nach Auflösung ihrer Ehe mit Jezanjâh oder schon vorher das Handelsgeschäft betrieb.

12.

(Sayce-Cowley, G.) 440 v. Chr.

Ehevertrag.

Am 26. Tišrî, d. i. am 6. (?) (Tage) des Epiphî des Jahres 25 des Königs Artaxerxes, sprach Esḥôr, Sohn des Ṣeḥô, Baumeister des Königs, zu dem Aramäer Maḥsêjâh aus Syene von der Abteilung Varîzath folgendermaßen:

„Ich bin zu deinem Hause gekommen, damit du mir deine Tochter Miphṭaḥjâh zur Ehe gibst[40]). Sie soll meine Gattin sein und ich ihr Gatte von heute an immerdar.

Ich habe dir den Frauenpreis (mohar)[41]) für deine Tochter Miphṭaḥjâh bezahlt, (nämlich) 5 Sekel Silber im Königsgewicht. Du hast sie erhalten, und dein Herz ist davon befriedigt.

Ich habe in die Hand deiner Tochter Miphṭaḥjâh als Geld für die Ausstattung 1 kereš 2 Sekel im Königsgewicht, 2 d. Silber auf den Zehner, gegeben[42]). Ich habe in ihre Hand gegeben:

---

[40]) Auch die bereits verheiratet gewesene Frau wird also von ihrem Vater wiederverheiratet. Da Esḥôr Aegypter ist, so zeigt diese Urkunde, daß das Verbot der Mischehe (Deut. 7, 3; Esr. 10) bei den ägyptischen Juden nicht beachtet wurde. Allerdings ist Esḥôr später zum Judentum übergetreten.

[41]) Der Frauenpreis wurde also nicht als pretium virginitatis aufgefaßt. Vgl. Freund, Zur Geschichte des Ehegüterrechts bei den Semiten. Sitzungsber. d. Kais. Akad. d. Wissensch. in Wien, Phil.-hist. Klasse, Bd. 162, 1. Abh. Wien 1909, S. 21, Anm. 2.

[42]) De Vogüé (Comptes rendus 1906, S. 507) übersetzt diese Stelle: Ta fille M. m'a apporté dans sa main argent . . . Elle m'a apporté dans sa main une pièce d'étoffe de laine neuve . . . Er faßt also die Stelle als Aufzählung der dem Manne eingebrachten Mitgift auf, indem er dem Worte הנעלת den Sinn gibt, den es in den späteren jüdischen Ketûbôth hat, nämlich „sie hat eingebracht". Eine solche Uebersetzung der Stelle wäre möglich, wenn man statt הנעלת ל[ברתי] מפטחיה בידה (so Sayce-Cowley) etwa הנעלת ל[ביתי] מ" ב" und weiter statt [ה]נעלת לה etwa [ה]נעלת לי lesen darf, was aber wohl kaum möglich ist. Auch Freund (Wiener Zeitschr. f. d. Kunde d. Morgenl. 1907, S. 171), dem Jampel (Monatsschrift f. Gesch. u. Wissensch. d. Judentums, 1907, S. 621, Anm. 1) beistimmt, sieht in der Aufzählung die dem Manne eingebrachte Mitgift, faßt aber [ה]נעלת als zweite Person auf, so daß zu übersetzen wäre „du hast deiner Tochter M. in ihre Hand gegeben". Diese Uebersetzung wäre ebenfalls möglich, wenn man הנעל durch „geben" ausdrückt, steht allerdings mit Freunds eigener Uebersetzung von Z. 24 f. u. 27 f. in Widerspruch, wo er dasselbe Wort durch „einbringen" wiedergibt (vgl. Anm. 49). Seine Auffassung dieser Stelle

1 neues, gesticktes, auf beiden Seiten gefärbtes Wollkleid, 8 Ellen lang zu 5, im Werte von 2 kereš 8 Sekel Silber im Königsgewicht,

1 neues Gewebe, 7 Ellen lang zu 5, im Werte von 8 Sekel Silber im Königsgewicht,

ein anderes . . . Wollkleid, 6 Ellen lang zu 4, im Werte von 7 Sekel Silber,

1 Kupferspiegel im Werte von 1 Sekel 2 d. Silber,

1 Kupfertisch (?) im Werte von 1 Sekel 2 d. Silber,

2 Kupferbecher im Werte von 3 Sekel Silber,

1 Kupferschale im Werte von 2 d. Silber.

Das ganze Geld und der Wert der Vermögensstücke (beträgt) 6 kereš 5 Sekel 20 ḥallûr Silber, 2 d. auf den Zehner, im Königsgewicht.

---

sucht Freund dadurch zu stützen, daß er die Wendung „ich habe erhalten und mein Herz ist befriedigt", die zwischen den beiden Aufzählungen steht, auf das vorhergehende bezieht; dann würde aber die darauffolgende Aufzählung völlig in der Luft schweben. Wenn man also nicht eine Lücke annehmen will, wozu m. E. kein Grund vorliegt, so muß man die Worte „ich habe erhalten und mein Herz ist davon befriedigt" auf die darauffolgende Aufzählung beziehen. Die Ansicht Epsteins (Jahrb. d. Jüd. Lit. Gesellsch. VI, 359 ff.), daß sich על עלי „ich habe erhalten" auf das Vorhergehende, dagegen וטיב לבבי „und mein Herz ‚hat eingewilligt'" auf das Folgende beziehe, widerspricht dem Sprachgebrauche der Urkunden; auch sein Hinweis auf das וצביאת der Ketûbôth paßt nicht, denn in den vorliegenden Urkunden bedeutet טיב לבבי nicht „ich habe eingewilligt", sondern stets „mein Herz ist befriedigt". Ist also die Wendung „ich habe erhalten und mein Herz ist befriedigt davon" auf die darauffolgende Aufzählung zu beziehen, so muß in dieser die Schenkung der Braut an den Bräutigam erblickt werden. Dann wird man aber wohl in der ersten Aufzählung die entsprechenden Geschenke des Bräutigams an die Braut und nicht die Mitgift sehen müssen, zumal, wie sich aus den Urkunden Nr. 6 und 7 zu ergeben scheint, wohl analog dem neubabylonischen Recht über die Mitgift besondere Verträge abgeschlossen wurden. Solange daher nicht durch neue Urkunden eine andere Auffassung nahegelegt wird, scheint mir die Uebersetzung Cowleys vor den übrigen den Vorzug zu verdienen.

Ich habe erhalten und mein Herz ist befriedigt davon:

1 Bett (?) aus Bastgeflecht (?), daran (?) . . . 4 steinerne . . .,

1 Krug (?), der aufgehoben wird (?) mit 2 Henkeln (?) . . . 8 . . .,

1 . . .,

1 neue Schminkbüchse (?) aus Elfenbein (?).

Wenn morgen oder an einem anderen Tage Esḥôr stirbt und keine Nachkommen, weder einen männlichen, noch einen weiblichen hat von seiner Frau Miphṭaḥjâh, so soll Miphṭaḥjâh verfügungsberechtigt sein über das Haus des Esḥôr und über sein Vermögen und seine Habe[43]) und alles, was er auf der Erde hat, alles[44]).

Wenn morgen oder an einem anderen Tage Miphṭaḥjah stirbt und keinen Nachkommen, weder einen männlichen, noch einen weiblichen hat von Esḥôr, ihrem Gatten, so soll Esḥôr, er soll ihr Vermögen und ihre Habe[43]) erben.

Wenn morgen oder an einem anderen Tage Miphṭaḥjâh in der Versammlung[45]) aufsteht und sagt: ‚Ich hasse Esḥôr,

---

[43]) נכסיה וקנינה bezeichnet nicht, wie Freund (Zur Gesch. d. Ehegüterrechts, S. 45 f.) annimmt, das Paraphernalvermögen der Frau, sondern ist ein allgemeiner Ausdruck für das Gesamtvermögen einer Person (hier wiedergegeben durch „Vermögen und Habe"). Freunds Annahme wird schon dadurch widerlegt, daß dieser Ausdruck sowohl für das Vermögen des Mannes wie für das der Frau gebraucht wird.

[44]) Beachtenswert ist, daß hier die Frau als Erbin eingesetzt wird, während sonst nach jüdischem Recht die Frau von der Erbfolge ausgeschlossen ist. Freund (Wiener Zeitschr. f. d. Kunde d. Morgenl. XXI, S. 177) will daraus, daß bei Miphṭaḥjâh gesagt wird „sie soll verfügungsberechtigt (שליטה) sein", dagegen bei Esḥôr „er soll erben (ירתנה)", schließen, daß die Frau kein Erbrecht, sondern nur ein Nutznießungsrecht am Vermögen des Mannes hat. Diese Annahme wird jedoch durch den Sprachgebrauch von שליט widerlegt, das stets das Eigentum bezeichnet. (Vgl. Anm. 21.) „Erben" und „verfügungsberechtigt sein" werden hier also durchaus synonym gebraucht.

[45]) Funks Ansicht (Jahrb. d. Jüd. Lit. Gesellsch. VII, S. 378), daß hier ein Gerichtshof gemeint sei, scheint mir mit Rücksicht auf die

meinen Gatten‘,[46]) so soll das Scheidungsgeld ihr obliegen. Sie soll ihn deswegen befriedigen und dem Esḥôr 6[47]) Sekel Silber, 2 d. auf den Zehner, abwägen, und alles, was ich in ihre Hand gegeben habe, auch das Geringste[48]), soll sie herausgeben[49]), und sie soll hingehen, wohin sie will, und kein Prozeß (soll entstehen).

Wenn morgen oder an einem anderen Tage Esḥôr in der Versammlung aufsteht und sagt: ‚Ich hasse dich, meine Gattin Miphṭaḥjâh‘, so wird ihr Frauenpreis verfallen sein, aber alles, was ich in ihre Hand gegeben habe, auch das Geringste, soll

---

sonstige Bedeutung von ʿêdâh nicht stichhaltig. Es wird wohl die Versammlung der ganzen Gemeinde durch ʿêdâh bezeichnet worden sein.

[46]) Die beiden hier erwähnten Fälle, in denen die Frau oder der Mann erklärt, den andern Teil zu „hassen“, bezeichnen wohl nicht die förmliche Ehescheidung, die nur dem Manne zusteht und gleich hinter diesen beiden Fällen im Ehevertrage aufgezählt wird. Ueber die Natur dieser Trennung sagt die Urkunde nichts; vielleicht ist darunter das einfache Getrenntleben der Ehegatten zu verstehen, das auch durch die Frau herbeigeführt werden kann, während die eigentliche Ehescheidung nur dem Manne gestattet ist. Vgl. auch Barth in Revue sém. 1907, S. 522; Epstein im Jahrb. d. Jüd. Lit. Gesellsch. VI, S. 370 f.

[47]) Ein Schreibfehler für „5“ (so Epstein, Jahrb. d. Jüd. Lit. Gesellsch. VI, S. 367, Anm. 4) wird kaum anzunehmen sein.

[48]) Wörtlich „vom Rettig(?) bis zum Faden“ (Lidzbarski).

[49]) De Vogüé (Comptes rendus 1906, S. 507) übersetzt hier: et elle emportera tout ce qu'elle a apporté dans sa main. Ebenso faßt Freund (Wiener Zeitschr. f. d. Kunde d. Morgenl. 1907) die Stelle auf. Barth (Revue sém. 1907, S. 522) übersetzt merkwürdigerweise diese Stelle durch „alles, was ihr Ashor geschenkt hat, soll sie zurückgeben“, also ebenso wie Cowley, die analoge, genau gleichlautende Stelle im folgenden Absatz aber, wo von dem „Hasse“ des Esḥôr die Rede ist, gibt er wieder durch „sie darf ihr eingebrachtes Gut mit sich nehmen“. Ob הנעל den Sinn „einbringen“ hat, erscheint mir mit Rücksicht auf die oben angeführte Stelle (vgl. Anm. 42) äußerst fraglich. Auch bei הנפק, das wörtlich „herausbringen“ bedeutet, liegt wohl die Uebersetzung „herausgeben“ näher als die Uebersetzung „mitnehmen“. Die Wiedergabe Cowleys erscheint mir daher auch an dieser Stelle bis auf weiteres als die bessere.

sie herausgeben an einem Tage, zu einer Zeit, und sie soll hingehen, wohin sie will, und kein Prozeß (soll entstehen).

Und wenn er aufsteht gegen Miphṭaḥjâh, um sie aus dem Hause des Esḥôr und seinem Vermögen und seiner Habe zu verstoßen, so soll er ihr 20 kereš Silber zahlen, und diese Urkunde soll ihr Recht verschaffen.

Und nicht werde ich sagen können: ‚Ich habe eine andere Gattin als Miphṭaḥjâh und andere Kinder als die Kinder, die mir Miphṭaḥjâh gebären wird.‘ Wenn ich sage: ‚Ich habe andere Kinder und eine andere Gattin als Miphṭaḥjâh und ihre Kinder‘, so werde ich der Miphṭaḥjâh 20 kereš Silber im Königsgewicht zahlen.

Und ich werde nicht mein Vermögen und meine Habe der Miphṭaḥjâh entziehen können. Und wenn ich sie ihr (auf Grund einer anderen Urkunde)[50]) wegnehme, so werde ich der Miphṭaḥjâh 20 kereš Silber im Königsgewicht zahlen.“

Geschrieben hat Nathan, Sohn des ʿAnanjâh, diese Urkunde nach der Aussage des Esḥôr.

Zeugen hierfür sind:

Penûljâh, Sohn des Jezanjâh,

. . .[51]),

Menaḥêm, Sohn des Zakkûr,

Zeuge . . .,

. . .,

(Abgebrochen.)

Die Ehe des Jezanjâh und der Mibhṭaḥjâh ist durch Tod des Mannes oder durch Scheidung aufgelöst worden. Mibhṭaḥjâh geht darauf eine zweite Ehe mit dem Aegypter Esḥôr ein. Die vorliegende Urkunde enthält den Ehevertrag,

---

[50]) Die eingeklammerte Stelle ist vom Schreiber nachträglich wieder getilgt worden.

[51]) Die Ergänzung dieses Namens zu Jezanjâh bar Ûrîjâh (so Cowley und Staerk), der dann wohl mit Miphṭaḥjâhs erstem Manne identisch wäre, halte ich für äußerst zweifelhaft.

bei dem Schwiegervater und Schwiegersohn als Kontrahenten auftreten.

Als Vermögensmassen werden in dieser Urkunde unterschieden:

1. Der Frauenpreis (mohar), den der Bräutigam an den Schwiegervater zahlt, der ihn aber wohl, wie im älteren jüdischen Recht (vgl. Gen. 31, 15; Exod. 22, 16), seiner Tochter überließ; er beträgt im vorliegenden Falle nur 5 Sekel, während er nach älterem jüdischem Recht das Zehnfache ausmachte (vgl. Deut. 22, 29).

2. „Geld für die Ausstattung" (kesaph tekûnâh), d. h. die Brautschenkung des Bräutigams an die Braut selbst; sie hat im vorliegenden Falle einen Wert von 4 kereš 8 Sekel 2 d., beträgt also fast das Zehnfache des Frauenpreises.

3. Dem Manne übergebene Gegenstände, die wohl als analoge Schenkung der Braut an den Bräutigam, nicht als Mitgift anzusehen sind.

Außer diesen Geschenken brachte Mibhṭaḥjâh ihrem Manne wahrscheinlich auch eine Mitgift, die in der Urkunde allerdings nicht erwähnt wird, sowie eigenes Vermögen ein, nämlich das Grundstück, das ihrem ersten Manne Jezanjâh gehört hatte (vgl. Nr. 4), und vielleicht auch das ihr von ihrem Vater als Mitgift für die erste Ehe gegebene Grundstück (vgl. Nr. 6).

Stirbt einer der Ehegatten bei kinderloser Ehe, so fällt das von ihm Eingebrachte dem anderen Ehegatten zu. Sind dagegen Kinder vorhanden, so erben diese.

Die Auflösung der Ehe ist ferner möglich durch Scheidung, und zwar:

a) entweder durch die öffentliche Erklärung, den anderen Teil zu „hassen"; dies ist sowohl dem Manne wie der Frau gestattet. Gibt die Frau diese Erklärung ab, so muß sie alles, was sie vom Manne erhalten hat, herausgeben und außerdem ein „Scheidungsgeld" (kesaph sin'â, wörtlich „Geld des Hasses") zahlen; erklärt dagegen der Mann, die Frau zu hassen, so

muß diese zwar ebenfalls alles herausgeben, was sie vom Manne erhalten hat, erhält aber den Frauenpreis als Wittum;

b) oder durch die formelle Scheidung, die nur dem Manne erlaubt ist, der in diesem Falle der Frau aber eine Vertragsstrafe zahlen muß.

Schließlich wird in der Urkunde noch die Einehe und die Verpflichtung des Mannes, die Frau zu unterhalten, festgelegt.

13.

(Sayce-Cowley, H.) 420 v. Chr.

Quittung über Rückgabe eines Depositum.

Urkunde, die Menaḥêm und ʿAnanjâh, alle beide Söhne des Menaḥêm[52]), Sohnes des Šelômim, dem Jedonjâh und Maḥsêjâh, alle beide Söhne des Esḥôr, Sohnes des Ṣeḥô, ausgestellt haben.

Im Monat Elûl, d. i. im Paʾunî des Jahres 4 des Königs Darius, damals sprachen in der Festung Jêb Menaḥêm und ʿAnanjâh, alle beide Söhne des Mešullam, Sohnes des Šelômim, Juden aus der Festung Jêb von der Abteilung Iddinnebô, zu Jedonjâh und Maḥsêjâh[53]), alle beide Söhne des Esḥôr, Sohnes des Ṣeḥô, von Mibhṭaḥjâh, der Tochter des Maḥsêjâh[54]), Juden von derselben Abteilung, folgendermaßen:

„Wir haben gegen euch beim Naphâgericht[55]) vor dem Präfekten Ramnadên (?) (und) dem Kommandeur Vaidrang geklagt[56]), indem wir sagten: ‚Es sind Vermögensstücke vor-

[52]) Schreibfehler für Mešullam.

[53]) Diese, die damals etwa 17—19 Jahre alt gewesen sein mögen, waren also bereits geschäfts- und prozeßfähig.

[54]) Hier wird nach ägyptischer Art auch die Mutter angegeben. Die Nationalität der Söhne hat sich nach der der Mutter gerichtet.

[55]) Die Bedeutung dieses Namens ist unbekannt. Ueber meine Auffassung der Stelle vgl. meine Bemerkungen in Zeitschr. f. Ass. XXV, S. 345 ff. Peisers Uebersetzung „Nach memphitischem Recht“ (Orientalist. Literaturzeitung XI, Sp. 26) kann deshalb nicht in Frage kommen, weil Memphis nicht Naphâ heißt.

[56]) Streitgenossenschaft war demnach sowohl auf der Kläger- wie auf der Beklagtenseite zulässig.

handen, Kleider und Wolle und Leinen, Geräte aus Kupfer und Eisen, Geräte aus Holz und Bast (?), Getreide und anderes.' Und wir haben folgendermaßen geklagt: ,Esḥôr, euer Vater, hat sie von Šelômim, dem Sohne des ʿAzarjâh, erhalten und auch gesagt: ,Sie befinden sich in Verwahrung.' Und man hat sie in Verwahrung gegeben, und er hat sie erhalten, aber er hat sie ihm nicht zurückgegeben; und deswegen klagen wir gegen euch.' Dann wurdet ihr befragt [57]), und du Jedonjâh und Maḥsêjâh, Söhne des Esḥôr, ihr habt unser Herz befriedigt [58]) hinsichtlich jener Vermögensstücke, und unser Herz ist davon befriedigt.

Von heute ab immerdar verzichten wir, Menaḥêm und ʿAnanjâh, auf (Ansprüche gegen) euch [59]). Von heute ab immerdar werden wir und unsere Söhne und Töchter und Brüder und sonst jemand von uns, Verwandter oder Bürger der Stadt, nicht gegen dich, Jedonjâh oder Maḥsêjâh, Klage erheben können, und wir werden nicht gegen eure Kinder und eure Brüder und sonst jemand von euch klagen können wegen der Vermögensstücke und des Geldes, des Getreides usw. des Šelômim, Sohnes des ʿAzarjâh.

Und wenn wir oder unsere Söhne oder Töchter oder sonst jemand von uns oder die Söhne des Šelômim, Sohnes des ʿAzarjâh, gegen euch klagen werden oder gegen eure Söhne oder Töchter oder sonst jemand von euch klagen werden, und wer nur immer deswegen Klage erheben wird, der soll euch oder euren Kindern, oder wen sonst er verklagt hat, eine Vertragsstrafe von 10 kereš Silber im Königsgewicht, 2 d. Silber auf 1 kereš, zahlen und soll dann auf (Ansprüche auf) jene Vermögensstücke, wegen deren wir gegen euch geklagt haben, verzichten. Und kein Prozeß (soll entstehen)."

---

[57]) Nämlich von den Richtern. Die „Befragung" der Beklagten wird sich dem klägerischen Vorbringen unmittelbar angeschlossen haben.

[58]) Die Beklagten haben anscheinend den Anspruch der Kläger anerkannt.

[59]) Im Original steht irrtümlich „dich".

Geschrieben hat Maʿûzîjâh, Sohn des Nathan, diese Urkunde nach der Aussage des Menaḥêm und ʿAnanjâh, alle beide Söhne des Mešullam, Sohnes des Šelômim.

Zeuge Menaḥêm, Sohn des Gâdôl,
Gâdôl, Sohn des Barakhjâh,
Menaḥêm, Sohn des ʿAzarjâh,
Zeuge Hôdavjâh, Sohn des Zakkûr, Sohnes des Ôšaʿjâh.

Esḥôr hatte von Šelômim ein Depositum erhalten, die deponierten Sachen aber nicht wieder herausgegeben. Nun klagten die Enkel des Šelômim als seine Erben gegen die Söhne des Esḥôr als dessen Erben auf Herausgabe und siegten damit im Prozesse. Jedonjâh und Maḥsêjâh wurden zur Herausgabe verurteilt. Nachdem diese erfolgt war, stellten die Söhne des Mešullam den Söhnen des Esḥôr die obige Quittung aus.

14.

(Sayce-Cowley, J.) 417 v. Chr.

Verzichtsurkunde.

Verzichtsurkunde, die Jedonjâh, Sohn des Hôšaʿ, hinsichtlich des Hauses des Jezanjâh, Sohnes des Ûrîjâh, dem Jedonjâh, Sohn des Nathan, und seinem Bruder Maḥsêjâh, alle beide (Söhne des Nathan), ausgestellt hat.

Am 3. Kislêv des Jahres 8, d. i. am 12. Teḥôth des Jahres 8 des Königs Darius, damals sprach in der Festung Jêb Jedonjâh, Sohn des Hôšaʿjâh, Sohnes des Ûrîjâh, Aramäer aus der Festung Jêb, vor Vaidrang [60]), dem Kommandeur von Syene, zu Jedonjâh, Sohn des Nathan [61]), und Maḥsêjâh, Sohn

[60]) Daraus geht hervor, daß die Verzichtserklärung vor dem Richter abgegeben wurde. Als Richter über die Angehörigen der Militärkolonie fungierte der Garnisonskommandeur.

[61]) Esḥôr ist also inzwischen Jude geworden und hat den Namen Nathan angenommen.

des Nathan, seinem Bruder, deren Mutter Mibhṭaḥjâh, Tochter des Maḥsêjâh, Sohnes des Jedonjâh, ist[62]), vor Vaidrang, dem Kommandeur von Syene, folgendermaßen:

„Ich verzichte auf (alle Ansprüche auf) das Haus des Jezanjâh, Sohnes des Ûrîjâh, gegen euch.

Seine Grenzen sind:

Südlich (von ihm) hängt mit ihm das Haus des Hôšaʿ, Sohnes des Ûrîjâh, zusammen;

nördlich von ihm hängt mit ihm das Haus des Haphnûl (?), Sohnes des Zekarjâh, zusammen; unter und über ihm sind dort offene Fenster;

östlich von ihm der Tempel des Gottes Jâhô und die Königsstraße zwischen ihnen;

westlich (von ihm) hängt das Haus der Miphṭaḥjâh, der Tochter des Maḥsêjâh, das ihr Vater Maḥsêjâh ihr gegeben hat, mit ihm zusammen.

Jenes Haus, dessen Grenzen oben beschrieben sind, gehört euch, dir, Jedonjâh, und Maḥsêjâh, alle beide Söhne des Nathan, immerdar, und euren Kindern nach euch, und wem ihr wollt, könnt ihr es geben.

Nicht werde ich, Jedonjâh, oder meine Kinder oder (meine) Gattin oder sonst jemand von mir, nicht werde ich gegen euch Klage erheben können. Auch werden wir nicht klagen können gegen euren Sohn oder eure Tochter, Bruder oder Schwester, Gattin oder (sonst) jemand von euch, oder jemand, dem ihr jenes Haus verkaufen oder dem ihr es als Geschenk geben werdet, in meinem — des Jedonjâh — Namen oder im Namen meiner Kinder oder meiner Gattin oder (sonst) jemandes von mir.

Und wenn ich, Jedonjâh, euch verklage, oder es verklagt euch mein Sohn oder meine Tochter oder (sonst) jemand in meinem Namen oder im Namen meiner Kinder — ausgenommen

---

[62]) Vgl. Anm. 54.

Sohn und Tochter des Jezanjâh, Sohnes des Ûrîjâh [63]) — oder er verklagt eure Söhne oder Töchter oder Gattinnen oder (sonst) jemand von euch oder jemand, dem ihr jenes Haus verkaufen oder dem ihr es als Geschenk geben werdet, und wer nur immer gegen euch Klage erhebt, so werde ich eine Vertragsstrafe von zehn kereš Silber — d. s. 10 kereš —, 2 d. Silber auf 1 kereš, im Königsgewicht, zahlen.

Und das Haus gehört gewißlich euch immerdar und euren Kindern nach euch — ausgenommen die Kinder des Jezan, Sohnes des Ûrîjâh [63]). Und kein Prozeß (soll entstehen)."

Geschrieben hat Maʿûzîjâh, Sohn des Nathan, nach der Aussage des Jedonjâh, Sohnes des Hôšaʿ.

Und Zeugen hiefür sind:
Menaḥêm, Sohn des Šallum,
Maḥsêjâh, Sohn des Jedonjâh,
Menaḥêm, Sohn des Gâdôl, Sohnes des ʿObadjâh,
Jedonjâh, Sohn des Mešullam,
Jislaḥ, Sohn des Gâdôl,
Gâdôl, Sohn des Barakhjâh,
Jezanjâh, Sohn des Penûljâh,
Aḥjô, Sohn des Nathan.

Das dem Jezanjâh bar Ûrîjâh, Mibhṭaḥjâhs erstem Gatten, gehörige Haus ist — wahrscheinlich durch Erbgang — der Mibhṭaḥjâh zugefallen; von dieser haben es ihre Söhne aus zweiter Ehe geerbt. Ihr Recht auf dieses Haus wird ihnen von Jedonjâh, dem Neffen des Jezanjâh bar Ûrîjâh streitig gemacht. Jedonjâh wird jedoch mit seiner Klage abgewiesen und stellt infolgedessen den Söhnen der Mibhṭaḥjâh die obige Verzichtsurkunde aus.

---

[63]) Aus welchen Gründen den Kindern des Jezanjâh bar Ûrîjâh, die jedenfalls nicht seiner Ehe mit Mibhṭaḥjâh entstammten, hier eine Ausnahmestellung eingeräumt wird, geht aus der Urkunde nicht hervor.

15.

(Sayce-Cowley, K.) 411 v. Chr.

Teilungsurkunde.

Teilungsurkunde betr. den Sklaven Peṭôsîrî, (die) Maḥsêjâh, Sohn des Nathan, seinem Bruder Jedonjâh, Sohn des Nathan, ausgestellt hat.

Am 24. Šebâṭ des Jahres 13, d. i. am 9. Tage des Ḥathḥôr des Jahres 14 des Königs Darius sprachen in der Festung Jêb Maḥsêjâh, Sohn des Nathan, und Jedonjâh, Sohn des Nathan, alle beide Aramäer aus Syene von der Abteilung Varîzath, folgendermaßen:

„Wir sind übereingekommen und haben unter uns die Sklaven unserer Mutter Mibhṭaḥjâh geteilt.

Und dies ist der Teil, der dir als Anteil zugefallen ist, dir, Jedonjâh: ein Sklave namens Peṭôsîrî, dessen Mutter Tebô ist. 1 Jod ist auf seiner rechten Hand eingebrannt[64]; aramäische Schrift ist eingebrannt, nämlich: „Der Mibhṭaḥjâh."

Und dies ist der Teil, der mir als Anteil zugefallen ist, mir, Maḥsêjâh: ein Sklave namens Belô, dessen Mutter Tebô ist. 1 Jod ist auf seiner rechten Hand eingebrannt, aramäische Schrift ist eingebrannt, nämlich: „Der Mibhṭaḥjâh."

Du, Jedonjâh, bist verfügungsberechtigt über Peṭôsîrî, jenen Sklaven, der dir als Anteil zugefallen ist, von heute an immerdar, und deine Kinder nach dir, und wem du immer willst, magst du ihn geben.

Ich, Maḥsêjâh, oder mein Sohn oder meine Tochter, Bruder oder Schwester, oder (sonst) jemand von mir, werde nicht gegen dich oder deine Kinder in Ansehung des Sklaven namens Peṭôsîrî, der dir als Anteil zugefallen ist, Klage erheben können.

Wenn wir seinetwegen gegen dich Klage erheben, wir, Maḥsêjâh oder meine Kinder, oder wir klagen gegen deinen

---

[64]) Dies war also das Sklavenzeichen (י).

Sohn oder deine Tochter oder sonst jemand von dir in Ansehung des Peṭôsîrî, jenes Sklaven, der dir als Anteil zugefallen ist, so werden wir dir eine Vertragstrafe von 10 kereš lauterem Silber im Königsgewicht zahlen.

Und wir verzichten auf Ansprüche gegen dich und deine Kinder in Ansehung jenes Peṭôsîrî, der dir als Anteil zugefallen ist. Er soll dir gehören und deinen Kindern nach dir, und du kannst ihn geben, wem du willst, und kein Prozeß (soll entstehen).

Auch ist die Mutter jener Burschen namens Tebô da und ihr Sohn Lîlû, die wir noch nicht unter uns teilen. Wenn es Zeit sein wird, werden wir sie unter uns teilen, und jeder wird seinen Anteil erhalten; und eine Urkunde über unsere Teilung werden wir aufstellen, und kein Prozeß (soll entstehen).

Geschrieben hat Nebôtukultî, Sohn des Nebôzeribni, diese Urkunde in der Festung Jêb nach der Aussage des Maḥsêjâh und des Jedonjâh, seines Bruders.

Zeugen hierfür sind:
Menaḥêm, Sohn des Gâdôl,
Zeuge Ḥanan, Sohn des Ḥaggai,
Zeuge Nathan, Sohn des Jehô'adar,
Zeuge Šallum, Sohn des Nathan.

Mibhṭaḥjâh hatte ihren Söhnen eine Sklavin mit 3 Söhnen hinterlassen. In der vorliegenden Urkunde setzen sich Maḥsêjâh und Jedonjâh bezüglich zweier Söhne auseinander, während an der Mutter und dem dritten Sohne ihr Miteigentum vorläufig bestehen bleiben soll. Die obige Urkunde ist die für Jedonjâh bestimmte; eine entsprechende Urkunde wird dieser für seinen Bruder ausgestellt haben.

16.

(Sachau S. 61, Nr. 15, Pap. 29.) ca. 409—405 v. Chr.

Schuldanerkenntnis?

Die Urkunde, von der nur 6 Zeilen mit Lücken erhalten sind, enthält ein Schuldanerkenntnis über 1 Kereš. Beide

Kontrahenten sind Aramäer aus Syene. Der Vertrag ist in Jêb geschlossen.

17.

(Sachau S. 128, Nr. 37, Pap. 35 und Florilegium de Vogüé p. 529 ff.)
ca. 400 v. Chr.

Stundungsvertrag.

Die Urkunde enthält einen Vertrag zwischen zwei Eheleuten. Die Frau stundet anscheinend dem Manne 2 Sekel (= 1 Stater) „von der Gesamtsumme des Geldes und der Vermögensstücke, die auf ihrer Ehevertragsurkunde (stehen)", und zwar vom 23. (?) Phamenoth des Jahres 5 des Königs Amyrtaeus bis zum 30. Pharmuthi desselben Jahres, also nur für etwas mehr als einen Monat. Gemeint ist offenbar der Frauenpreis oder die Brautschenkung. Diese wurden also — wie auch im babylonischen Recht — nicht immer sofort bei der Eheschließung ausbezahlt.

18.

(Sachau S. 66, Nr. 17, Pap. 16.)

Auftragserteilung.

Der Papyrus enthält anscheinend einen Brief, in dem der Schreiber dem Adressaten verschiedene Aufträge erteilt. Unter anderem ist darin von Häuserkauf und Pfandbestellung die Rede. Ein klarer Zusammenhang läßt sich jedoch infolge der vielen Lücken nicht ermitteln.

19.

(Sachau S. 116, Nr. 32, Pap. 31.)

Ueber den Inhalt des Fragments läßt sich nichts näheres ermitteln. Es ist darin vom „Besitz" (qinjânâ) und von einer „Frau des Šelômîm" die Rede. Die Zahl der Zeugen ist auf 8 angegeben.

20.

(Sachau S. 118, Nr. 33, Pap. 32.)

Ein kleines Fragment, dessen Inhalt kaum noch zu enträtseln ist. Der eine Kontrahent scheint dem anderen das Eigentum an einer Eselin bestritten zu haben, und dieser scheint deswegen den Reinigungseid geleistet zu haben. Ist dies richtig, so würde ein ähnlicher Fall vorliegen wie in Nr. 11. Der Eid, den der eine Kontrahent geleistet hat, ist anscheinend in vollem Wortlaut in der Urkunde enthalten gewesen.

21.

(Sachau S. 120, Nr. 34, Pap. 36.)

Fragment einer Urkunde, in der von Fischen die Rede ist. Ein Zusammenhang läßt sich nicht erkennen.

22.

(Sachau S. 122, Nr. 35, Pap. 33.)

Schenkung?

Die Urkunde enthält einen Vertrag zwischen zwei Schwestern. Sie besteht aus zwei Teilen, deren jeder anscheinend den Inhalt einer Traditionsurkunde hat. Im ersten Teil schenkt die eine Schwester der anderen 6 Sekel Silber und verspricht, deswegen künftig keine Ansprüche erheben zu wollen. Für den Fall des Zuwiderhandelns wird eine Vertragstrafe von 2 Kereš festgesetzt. Bemerkenswert ist deren geringe Höhe ($3\frac{1}{3}$ des Vertragsobjekts).

Der zweite Teil der Urkunde ist ziemlich unverständlich, da nicht sicher ist, welche der beiden Schwestern spricht. Es ist darin die Rede von Geld und פרספא [65]), das der Sprechenden

[65]) Sachau vermutet hierfür eine Bedeutung wie „Pension" oder ähnliches. Vgl. auch Nr. 30.

aus dem Hause des Königs zugekommen ist." Dieses tritt die Sprechende an ihre Schwester ab.

Von den Zeugennamen sind nur 2 erhalten.

23.

(Sachau S. 126, Nr. 36, Pap. 34.)

Von dieser Urkunde ist nur der Schluß erhalten. Es ist darin von „Haß" (im Sinne von „Ehescheidung", vgl. oben Nr. 12) die Rede. Aussteller sind Hôšaʿ und Jehôḥan, anscheinend Eheleute. Gegenkontrahenten sind ihre Tochter Sallû' und (wahrscheinlich) deren Mann. Aus dem noch Vorhandenen läßt sich nur entnehmen, daß die Rückforderung von Vermögenstücken und Geld, die der Sallû' geschenkt worden sind, ausgeschlossen wird.

Die Zahl der Zeugen beträgt 4.

24.

(Sachau S. 131, Nr. 38, Pap. 37.)

In dieser Urkunde handelt es sich um die Hingabe von Geld. Es ist die Rede von Prozessen „vor dem Sagan und dem Herrn . . ." und „vor dem Sagan und . . .".

25.

(Sachau S. 132, Nr. 39, Pap. 38.)

Kleines Bruchstück einer Urkunde, in der es sich um die Eheschließung einer Tochter eines der Kontrahenten handelt.

26.

(Sachau S. 139, Nr. 45, Pap. 44.)

Schuldschein?

Einige Zeilen einer Schuldurkunde, in der Geld, Weizen und Gerste geschuldet werden.

27.

(Sachau S. 143, Nr. 49, Pap. 48.)

Die Urkunde ist demotisch abgefaßt. Nach einer Mitteilung Spiegelbergs finden sich in ihr Formeln, die sonst nur in den demotischen Kaufkontrakten vorkommen. Auf der Rückseite trägt sie in aramäischer Sprache die Ueberschrift „Eidesurkunde“ (sephar mômâh).

II. Oeffentlichrechtliche Urkunden.

28.

(Sachau S. 103, Nr. 28, Pap. 27.) 460 v. Chr.

Gerichtsprotokoll?

Die Urkunde ist außerordentlich schwer verständlich. Wenn Sachaus Deutungen richtig sind, scheint der Jude Malkîjâh einem anderen Juden gewisse Delikte vorzuwerfen, nämlich er sei gewaltsam in das Haus des Malkîjâh eingedrungen, habe dessen Frau gestoßen und Geld gewaltsam fortgenommen und sich angeeignet. Hierüber soll der Beschuldigte anscheinend den Reinigungseid leisten. Es ist ferner von dem Gotte Ḥarembêthêl die Rede, den der Ankläger angerufen haben will, und von 4 „Rächern“ (?? נקמיא ?), vor denen der Beschuldigte anscheinend schwören soll.

Vielleicht ist das Ganze das Protokoll einer Gerichtsverhandlung. Sachau hält es für eine Anklageschrift.

29.

(Sachau S. 34, Nr. 5, Pap. 5.) 427 v. Chr.

Amtliches Schreiben.

Diese Urkunde enthält ein vermutlich an den Satrapen Aršam (Arsames) gerichtetes Schreiben, dessen Verfasser „Achaemenes und seine Genossen, . . . und seine Genossen und

die Schreiber der Provinz“ sind. Es handelt sich wohl um eine Eingabe mehrerer oberägyptischen Beamtenkollegien an ihren Vorgesetzten. Unter anderem ist darin von „Anteilen“ (מנחא) die Rede, die die Verfasser verliehen haben. Sachau will diese als Landanweisungen auffassen und mit den κλῆροι der Ptolemäerzeit indentifizieren. Ich möchte jedoch auch hier lieber annehmen, daß es sich um den Militärkolonisten gegen den Staat zustehende Proviantforderungen handelt (vgl. oben S. 23). In der Urkunde heißt es weiter „genau bezeichnet nach den verschiedenen Arten in den verschiedenen Monaten (Monat für Monat).“ Sachau vermutet, daß hier von den verschiedenen Erträgnissen eines Grundstücks in den verschiedenen Monaten des Jahres die Rede sei. Dies scheint auch mir der Fall zu sein, doch möchte ich annehmen, daß sich diese Wendung auf die genannten Anteile selbst bezieht. Dann würde hieraus folgen, daß aus der Staatskasse an die Garnisonsangehörigen nach den Jahreszeiten wechselnde Naturallieferungen abgegeben wurden.

Achaemenes und seine Genossen werden weiterhin אזדכריא genannt, was Sachau als persische Beamtenbezeichnung faßt und mit „Bekanntmacher“ (azdâ-kar) übersetzt. Bemerkenswert ist, wie Sachau hervorhebt, daß die Verfasser als persische Beamte an ihre Vorgesetzten in aramäischer Sprache schrieben. Das beweist, daß das Aramäische damals in Aegypten die offizielle Dienstsprache der persischen Verwaltung war. Ferner ist zu beachten, worauf Sachau ebenfalls hinweist, daß die Verfasser in Gruppen auftreten (vgl. auch die Nr. 31 und 36). Es liegt nahe, an eine körperschaftliche Organisation der persischen Provinzialbehörden zu denken.

30.

(Sachau S. 86, Nr. 20, Pap. 19.) 420/19? v. Chr.

Abrechnung der Garnisonskasse.

Die Urkunde enthält eine Abrechnung der an die Garnison aus der Staatskasse verabfolgten Leistungen. Leider ist nicht

klar ersichtlich, worin diese Leistungen bestanden. Es scheint, daß Lebensmittel geliefert wurden und vielleicht auch Sold (?פרפא, vgl. Anm. 65) gezahlt wurde.

31.

(Sachau S. 36, Nr. 6, Pap. 6.) 419/18 v. Chr.

Sendschreiben betr. Feier des Passahfestes.

Dieser Urkunde ist das Schreiben eines gewissen Ḥananjâh an „Jedonjâh und seine Genossen, das jüdische Heer“. Hiedurch ist der Beweis dafür, daß die jüdische Ansiedlung in Assuan-Elephantine eine Militärkolonie war, unumstößlich erbracht. Ḥananjâh teilt den Adressaten mit, daß Arsames vom Großkönige eine Nachricht erhalten habe. Nach einer Lücke werden einzelne Bestimmungen über die Feier des Passahfestes aufgezählt (vgl. Exod. 12; Deut. 16, 1—12). Augenscheinlich ist dies der Inhalt der Botschaft, die dem Arsames vom Großkönige zugekommen ist. Weshalb wegen dieser Feier ein königliches Edikt ergangen ist, geht aus der Urkunde nicht hervor. Vielleicht war die Feier des Passahfestes den Juden früher nicht gestattet gewesen. Welche Stellung der Verfasser Ḥananjâh einnimmt, der hier als Vermittler zwischen der persischen Behörde und der jüdischen Militärkolonie auftritt, ist nicht ersichtlich.

32.

(Sachau S. 73, Nr. 19, Pap. 18.) 419/18? v. Chr.

Liste der Beiträge für den Jahwetempel.

Die Urkunde ist eine Namenliste. Sie trägt die Ueberschrift: „Dies sind die Namen des jüdischen Heeres, das Silber gegeben hat für den Gott Jâhô, pro Mann 2 Sekel Silber.“ Da auch Frauen sich unter den Mitgliedern des „jüdischen Heeres“ finden, so ergibt sich, daß hiemit die Militärkolonie gemeint ist. Die Gemeindemitglieder haben demnach für einen

bestimmten Zeitabschnitt eine Abgabe von 2 Sekeln pro Person für den Jâhôtempel zu entrichten. Welche Verwendung das eingekommene Geld fand, ist unbekannt. Eingesammelt wurde es durch Jedonjâh bar Gemarjâh, der anscheinend als Vorstand der jüdischen Gemeinde fungierte (vgl. Nr. 31, 36).

33.

(Sachau S. 44, Nr. 8, Pap. 8.) 412 v. Chr.

Schreiben betr. Schiffsbau.

Diese Urkunde enthält ein Schreiben des Satrapen Arsames an einen gewissen Vaḥpraʿmaḥi (?). Dieses ordnet den Bau oder die Reparatur von Schiffen an. Erwähnt wird dabei der „Zunftmeister (Sagan) der Zimmerleute“. An Beamtenkategorien werden erwähnt die „Schriftführer des Schatzes“ und die „Befehlshaber“ (pharmândâr). Am Schlusse des Schreibens steht „ʿAnanî, der Sekretär, Befehlshaber (בעלטעם)“, dahinter der Kanzleivermerk „Geschrieben hat (dies) Nebôʿaqab“. ʿAnanî war offenbar der Bureauvorsteher des Arsames, Nebôʿaqab dagegen der Kanzlist, der das Schreiben ausgefertigt hat. Der Inhalt der Urkunde ist infolge der vielen unbekannten Ausdrücke nur zum geringen Teil verständlich.

34.

(Sachau S. 51, Nr. 10, Pap. 10.) ca. 410 v. Chr.

Brief.

Die Urkunde enthält das Schreiben eines unbekannten Verfassers an „Jedonjâh, Mûʿûzîjâh, Ûrîjâh und das Heer“. Arsames wird darin erwähnt. Ein zusammenhängender Sinn ergibt sich jedoch infolge der vielen Lücken nicht.

35.

(Euting, Notice sur un papyrus égypto-araméen. Mémoires prés. à l'Ac. des inscr. et belles-lettres, p. 297 ff.) 409 v. Chr.

Bericht über eine Verschwörung.

Die Urkunde, von der nur einzelne Teile erhalten sind, berichtet von einer Verschwörung der Ḥnûbpriester in Elephantine im Jahre 410, mit denen der damalige Präfekt (Phrataraka) Vaidrang gemeinsame Sache machte. Der Aufstand richtete sich anscheinend gegen die persische Herrschaft und zugleich gegen die jüdischen Kolonisten. Das Schreiben, das aus jüdischer Feder stammt und anscheinend an einen höheren persischen Beamten gerichtet ist, erwähnt, daß Teile der Festung Elephantine von den Aufständischen zerstört worden sind. Der Adressat wird gebeten, die Sache durch die in der „Südprovinz“ (תשטרס)[66]) befindlichen persischen Beamten, die Richter, Militärbeamten (?? תיפתיא) und Geheimagenten[67]) aufklären zu lassen.

36.

(Sachau S. 3, 23, Nr. 1 u. 2, Pap. 1 u. 2. Drei aram. Papyrusurkunden, A u. B.) 407 v. Chr.

Schreiben an Bagôhî.

Diese namentlich für die Religionsgeschichte hochbedeutsame Urkunde ist ein Brief, den „Jedonjâh und seine Genossen, die Priester in der Festung Jêb“ an Bagôhî, den Satrapen von Judäa, geschickt haben. Es handelt von der in der vorigen Urkunde erwähnten Verschwörung der Ḥnûbpriester. Der Präfekt Vaidrang hatte, wie die Schreiber be-

---

[66]) Die Bezeichnung ist ägyptisch (nach Spiegelberg, Demot. Pap. a. d. Kgl. Mus. zu Berlin S. 4 = tꜣšd-t rs-t; nach M. Müller, Orient. Lit. Zeit. X, 1907, Sp. 300, Anm. 2 = toš-(en)-to-rês). Vielleicht ist damit Oberägypten gemeint. Dieselbe Benennung findet sich auch im demotischen Pap. Berlin 3110 (Spiegelberg S. 4) wieder.

[67]) Persisch gaušaka, d. h. wörtlich „Horcher“, genannt.

richten, seinen Sohn Nephâjân, den Garnisonskommandeur (Rab ḥailâ) von Syene, mit Aegyptern und anderem Kriegsvolk nach Elephantine kommen lassen, und diese hatten den Jâhôtempel der Juden von Grund aus zerstört, der bereits zur Zeit der Eroberung Aegyptens durch Kambyses (525 v. Chr.) erbaut gewesen und von diesem geschont worden war. Seitdem herrschte, wie die Schreiber schildern, Trauer unter den Juden in Elephantine; sie trugen Trauerkleider, fasteten, und ihre Frauen waren „wie Witwen geworden“ [68]). Schon früher hatten sie einen Brief an Bagôhî geschickt, wie auch an den Hohenpriester Jehôḥanan in Jerusalem und an andere vornehme Juden, jedoch ohne Erfolg. Die Verfasser des Briefes bitten nun Bagôhî, ihnen den Wiederaufbau ihres Tempels zu erwirken. Zum Schlusse bemerken sie, daß sie dieselben Nachrichten auch an die Söhne des Sanaballaṭ, des Statthalters von Samaria, hätten gelangen lassen.

Welcher Art die Stellung des „Präfekten“ (Phrataraka) war, ist aus dieser Urkunde nicht klar ersichtlich. Anscheinend hatte er auch militärische Befugnisse. Jedenfalls aber war er dem Garnisonskommandeur von Syene übergeordnet.

Palästina zerfiel, der geschichtlichen Entwicklung entsprechend, in die beiden Satrapien Samaria und Judäa, an deren Spitze je ein Provinzialstatthalter (פחה) stand. Dasselbe Amt bekleidete Arsames wohl in Oberägypten.

37.

(Sachau S. 28, Nr. 3, Pap. 3. Drei aram. Papyrusurkunden, C.)
ca. 406 v. Chr.

Antwort des Bagôhî.

Diese Urkunde enthält die Antwort des Bagôhî auf das Schreiben der jüdischen Priester (Nr. 36). Sie gibt der Bitte der jüdischen Gemeinde statt und ordnet den Wiederaufbau des Tempels an.

---

[68]) Das Nasiräat war also bereits üblich.

38.

(Sachau S. 41, Nr. 7, Pap. 7.) ca. 406 v. Chr.

Beschwerdeschrift?

Es scheint sich in dieser Urkunde um eine Beschwerdeschrift zu handeln. Wenn Sachaus Vermutungen richtig sind, hat wohl der Schreiber der Urkunde einen Prozeß geführt, der zu seinen Ungunsten ausgefallen ist, und wendet sich deswegen an eine höhere Instanz, die er mit „mein Herr" bezeichnet. Das Gericht, mit dessen Entscheidung er nicht zufrieden ist, besteht aus „Tirvuḥ (?) und dem Richter". Ob dieses mit dem sonst erwähnten Gerichtshof, dessen Vorsitzender der Garnisonskommandeur von Syene ist, identisch ist, und ob „Tirvuḥ" (?) als Eigenname, d. h. als Name eines Garnisonskommandeurs anzusehen ist, läßt sich nicht erkennen.[69])

Ferner werden in der Urkunde der in Nr. 36 genannte Nephâjân und die „Richter der Provinz" erwähnt. Ob letztere eine von den „Richtern des Königs" (Nr. 1) verschiedene Richterklasse bildeten, geht aus den Papyri nicht hervor; es war dies aber wohl kaum der Fall.

39.

(Sachau S. 31, Nr. 4, Pap. 5.)

Bittschrift?

Die Urkunde enthält ein Schreiben von fünf Syenitern, „die in der Festung Jêb ansässig (begütert) sind", an einen unbekannten Adressaten. Es wird wieder der Tempel des Gottes

[69]) Mit Rücksicht darauf, daß in derselben Urkunde Nephâjân erwähnt wird, der damals Garnisonskommandeur von Syene war, und da es wohl nur einen Garnisonskommandeur von Syene gab, halte ich es allerdings für wahrscheinlicher, daß der in der vorliegenden Urkunde erwähnte Gerichtshof von dem sonst genannten, dem der Garnisonskommandeur präsidiert, verschieden ist.

Jâhô erwähnt, von dessen Wiederaufbau anscheinend gesprochen wird, sodann ist von verschiedenen Opferarten die Rede. Das Schreiben ist wohl eine Bittschrift und steht vermutlich mit den Urkunden Nr. 35—37 in Zusammenhang.

40.

(Sachau S. 55. Nr. 11, Pap. 11.)

Brief.

Diese Urkunde überliefert den Brief eines gewissen Mâʿûzîjâh an vier Juden, zwei Priester, von denen an erster Stelle der öfter erwähnte Jedonjâh genannt wird, und zwei Laien. Vielleicht haben diese vier Personen zusammen den Vorstand der jüdischen Gemeinde gebildet. Der Schreiber erzählt, daß er von Vaidrang, der damals noch Garnisonskommandeur war, in Abydos wegen eines angeblichen Edelsteindiebstahls gefangen gesetzt worden sei. Er benachrichtigt die Adressaten, daß zwei Knechte des ʿAnanî, vermutlich die Bestohlenen, nach Assuan-Elephantine kommen würden, und gibt ihnen Ratschläge, wie sie sich verhalten sollten, um Unheil zu verhüten. Im einzelnen ist der Zusammenhang dunkel.

C. Systematische Uebersicht über das Recht der Urkunden.

I. Staats- und Verwaltungsrecht.

Als Satrapien des persischen Reiches werden Samaria und Judäa genannt. An ihrer Spitze steht ein Statthalter (פחה). Außerdem wird ein Satrap Aršam (Arsames) erwähnt, der wohl Provinzialstatthalter von Oberägypten war. Dies ist mir wahrscheinlicher, als die Annahme Sachaus, daß Arsames ganz Aegypten unter sich gehabt habe (Sachau S. XVI).

An der Spitze der Doppelstadt Assuan-Elephantine steht

ein Präfekt (Phrataraka), an der Spitze der Militärkolonie ein „Garnisonskommandeur (Rab ḥailâ) von Syene“. Beide hatten auch richterliche Befugnisse. Der Präfekt hatte wohl ebenso wie der Garnisonskommandeur Kommandogewalt und war letzterem übergeordnet. Die Bezeichnung Sagan (assyrisch-babylonisch šaknu), „Magistrat“, dagegen scheint allgemeinerer Art gewesen und unter anderem auch für den Garnisonskommandeur gebraucht worden zu sein.

Ferner werden in den Urkunden Richter erwähnt, und zwar „Richter des Königs“ (Nr. 1) und „Richter der Provinz“ (Nr. 38), die aber wohl miteinander identisch waren. Außerdem finden sich noch andere Beamtenbezeichnungen, z. B. die „Schreiber des Schatzes“ und die „Buchführer des Schatzes“, d. h. die Beamten der Finanzverwaltung, ferner die „Sekretäre“, die „Schreiber der Provinz“, die „Befehlshaber (beʿêl ṭe'êm und pharmândâr), die „Bekanntmacher“, „Geheimagenten“ u. a., deren Bedeutung unbekannt ist. Der Sitz der Verwaltungsbehörden heißt „Haus des Königs“. Die Behörden waren anscheinend körperschaftlich organisiert.

Die Garnison von Assuan-Elephantine war in Abteilungen (degel) eingeteilt, die anscheinend in Hundertschaften zerfielen (vgl. oben S. 21). Die Garnisonsangehörigen, zu denen auch Frauen gehörten, besaßen Grundstücke, über die sie völlig frei verfügten; außerdem erhielten sie „Anteile“ (פרס und מנתא), worunter vielleicht Lebensmittelrationen zu verstehen sind (vgl. oben S. 20). Die Einwohnerschaft von Assuan-Elephantine zerfiel in die Garnisonsangehörigen (beʿêl bîrthâh) und die Angehörigen der Zivilbevölkerung (beʿêl qirjâh).

Die jüdische Gemeinde bildete einen in sich abgeschlossenen Bestandteil der Einwohnerschaft und bewohnte anscheinend ein besonderes Stadtviertel für sich, dessen Mittelpunkt der Jahwetempel (agôrâ zî Jâhô) war. Zur Unterhaltung dieses Tempels, der eine eigene Priesterschaft hatte, steuerten die Gemeindemitglieder, darunter auch Frauen, bestimmte Beiträge (2 Sekel) bei. Als Gemeindeorgan fungierte für ge-

wisse Angelegenheiten (Ehetrennung) die Gemeindeversammlung (ʿêdâh). Daneben scheint ein Gemeindevorstand existiert zu haben, der aus zwei Priestern und zwei Laien bestand (vgl. Nr. 40). Als Vertreter der Gemeinde fungiert öfter ein Priester Jedonjâh; dieser kassierte z. B. die Beiträge der Gemeindemitglieder ein. Mit den Angehörigen der anderen Nationalitäten standen die Juden im Geschäftsverkehr und gingen sogar Heiraten mit ihnen ein. Neben Jahwe scheinen auch noch andere Gottheiten verehrt worden zu sein (Sachau S. XXIV ff., 83 f.).

Bei Ehen zwischen Angehörigen verschiedener Nationalitäten richtete sich die Nationalität der Kinder nach der Mutter; daher sind die Söhne aus der Ehe des Aegypters Esḥôr mit der Jüdin Mibhṭaḥjâh Juden.

Offizielle Amtssprache der persischen Behörden war in Aegypten das Aramäische.

II. Privatrecht.

a) Allgemeines.

Wichtigere Geschäfte wurden schriftlich fixiert. Die Form ist schriftliche Beurkundung durch einen Schreiber in Gegenwart von Zeugen, die die Urkunde eigenhändig unterschreiben. Beschworen wird der Vertrag nicht.

b) Personenrecht.

Die Volljährigkeit beginnt wahrscheinlich mit der Geschlechtsreife.

Die Frauen sind völlig geschäfts- und prozeßfähig und bedürfen keines Beistandes zum Abschluß von Geschäften. Als Vertragszeugen treten Frauen jedoch nicht auf [70].

---

[70]) Ebenso im ägyptischen und im neubabylonischen, anders dagegen im altbabylonischen Recht, wo sich Frauen, namentlich Priesterinnen, häufig als Zeuginnen finden.

Sklaven sind Eigentum ihres Herrn und gelten als Mobilien. Als Sklavenzeichen erscheint der eingebrannte Buchstabe Jod nebst der Angabe des Eigentümers.

Die Handwerker sind anscheinend in Zünften organisiert, an deren Spitze Zunftmeister stehen. Erwähnt wird in Nr. 33 der Zunftmeister der Zimmerleute.

c) Familienrecht.

1. Eheschließung.

Die Ehe ist eine Form der Kaufehe [71]). Der Ehe selbst geht der Abschluß des Ehevertrages voraus, der in Gegenwart von (vermutlich zwölf) Zeugen schriftlich fixiert wird. Er enthält die genaue Angabe der von beiden Teilen in die Ehe eingebrachten Vermögensstücke. Außer der vom Bräutigam dem Brautvater ausgestellten Ehevertragsurkunde sind noch zwei andere Vertragsurkunden erhalten: der zwischen Brautvater und Braut über die Mitgift abgeschlossene Vertrag und der ebenfalls über die Mitgift zwischen Brautvater und Bräutigam abgeschlossene Vertrag.

Die Frau, auch die bereits verheiratet gewesene, wird vom Vater in die Ehe gegeben.

Die Polygamie wird vertraglich ausgeschlossen.

Der Mann ist verpflichtet, die Frau zu unterhalten.

Das Nasiräat war bereits als Zeichen der Trauer in Uebung (vgl. Nr. 36).

2. Eheliches Güterrecht.

Als Vermögensmassen werden in den Urkunden erwähnt:

1. Der Frauenpreis (mohar), den der Mann an den Muntwalt der Frau zahlt und den dieser wohl der Frau überläßt. Er ist ziemlich gering. Bei einer Trennung der Ehe fällt er als Wittum der Frau zu;

---

[71]) Ebenso war es im ägyptischen Recht, während in Babylonien die Kaufehe zu dieser Zeit bereits verschwunden ist.

2. die Eheschenkung (kesaph tekûnâ, wörtlich „Ausstattungsgeld“), die der Mann an die Frau selbst zahlt;

3. die Mitgift der Frau, die diese von ihrem Muntwalt erhält; sie verbleibt im Eigentum der Frau, während der Mann nur ein Nutznießungsrecht daran hat.

Außerdem gab es vielleicht noch eine Schenkung der Frau an den Mann analog der Eheschenkung des Mannes an die Frau.

Die Auszahlung dieser Vermögensmassen erfolgte nicht immer sofort mit dem Abschlusse des Ehevertrages, sondern wurde auch gestundet.

3. Auflösung der Ehe.

Eine Auflösung der Ehe ist möglich. Zu unterscheiden ist dabei zwischen

1. der einfachen Ehetrennung, die beiden Teilen gestattet ist. Sie erfolgt durch die in der Gemeindeversammlung abgegebene Erklärung eines der Ehegatten, daß er den anderen „hasse“. Ist die Frau der erklärende Teil, so muß sie die Eheschenkung herausgeben und außerdem ein Scheidungsgeld zahlen, das etwas höher ist als der Frauenpreis. Gibt der Mann die Erklärung ab, so fällt das Wittum an die Frau;

2. der formellen Scheidung, die nur dem Manne gestattet ist; dieser hat dann eine Vertragsstrafe zu zahlen.

d) Erbrecht.

Als Erben sind in erster Linie die Kinder des Erblassers oder der Erblasserin berufen.

Sind keine Kinder vorhanden, so erbt der überlebende Ehegatte.

Mehrere Erben werden Miteigentümer des Nachlasses.

Schulden und Forderungsrechte des Erblassers gehen auf die Erben über.

Eine teilweise Erbauseinandersetzung findet sich in Nr. 15.

e) Schuldrecht.

1. Allgemeines.

Ueber die erfolgte Erfüllung wird eine Quittung ausgestellt (vgl. Nr. 9), über ein Darlehen ein Schuldschein (vgl. Nr. 3).

Hingabe an Zahlungsstatt gilt als Erfüllung.

Die Leistung kann auch gestundet werden (vgl. Nr. 17).

Eine Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern findet sich des öfteren.

2. Besonderer Teil.

Als einzelne Schuldverhältnisse werden erwähnt:

1. Kauf;
2. Tausch;
3. Darlehen; das Zinsverbot hat keine Geltung; der Zinsfuß beträgt monatlich 2 ḥallûr auf 1 Sekel; Anatozismus ist üblich;
4. Schenkung;
5. Verwahrung;
6. Gesellschaft; das Einlagekapital besteht aus Geld und Waren;
7. Frachtgeschäft (vgl. Nr. 2 und 3).

f) Sachenrecht.

Das Privateigentum ist voll entwickelt. Die jüdischen Garnisonsangehörigen sind Volleigentümer ihrer Grundstücke und in ihrer Verfügungsgewalt darüber nicht beschränkt.

Bezüglich der Sachen wird häufig zwischen „Geld“ (kesaph) und „Vermögensstücken“ (nikhsîn) unterschieden.

Durch Verbindung von beweglichen Sachen mit Grundstücken gehen erstere in das Eigentum des Grundstückseigentümers über (Superficies solo cedit).

Als Grundstücksbelastung kommt ein Platzrecht vor (Nr. 4).

Das Pfand wird nur als Mobiliarpfand erwähnt; es ist Besitzpfand (Nr. 9).

III. Prozeßrecht.

Die jüdischen Garnisonsangehörigen haben ihren Gerichtsstand vor dem Militärgerichtshof, der aus mindestens drei Mitgliedern besteht und dessen Vorsitzender der Garnisonskommandeur von Syene ist; die Beisitzer werden „Richter" genannt. Ferner ist noch von einem Gerichtshofe (dîn naphâ) die Rede, an dem der Präfekt und der Garnisonskommandeur teilnehmen (Nr. 13). Vielleicht gab es außerdem noch andere Gerichtshöfe (vgl. Nr. 11, 38). Ueber diesen Gerichtshöfen gab es wohl noch eine höhere Instanz (vgl. Nr. 38)[72]. In Strafsachen haben vielleicht noch besondere Richter („Rächer" ?) fungiert (Nr. 28).

Der Prozeß beginnt mit dem Vorbringen des Klägers. Sowohl auf der Kläger-, wie auf der Beklagtenseite ist Streitgenossenschaft zulässig. Widerklage ist ebenfalls gestattet.

Auf das Vorbringen des Klägers folgt die Befragung des Beklagten durch die Richter. Erkennt er hiebei den Anspruch des Klägers an, so wird zu dessen Gunsten entschieden.

Als Beweismittel werden Urkunden und Parteieid erwähnt. Der Eid wird in der Regel bei Jâhô geleistet; in dem Prozesse zwischen dem Richter Pî' und der Jüdin Mibhṭahjâh schwört jedoch letztere bei der ägyptischen Göttin Sathî.

Der in den Urkunden erwähnte Eid ist der dem Beklagten auferlegte Reinigungseid.

Der mit seinem Anspruche abgewiesene Kläger stellt dem Beklagten eine Verzichtsurkunde aus. Der Kläger, der auf Grund eines obsiegenden Urteils vom Beklagten Befriedigung erlangt hat, quittiert diesem darüber.

---

[72]) Vielleicht ist dîn naphâ ein Gericht höherer Instanz. Vgl. Zeitschr. f. Assyr. XXV, S. 351.

III.

Die Stammesrechte des Bezirkes Sansane-Mangu[1])

(Schutzgebiet Togo).

Von

Dr. jur. et phil. **Asmis**, Lome, Togo.

Der Bezirk Sansane-Mangu ist der nördlichste und damit der auch heute noch am wenigsten von europäischem Einfluß berührte des Schutzgebiets Togo. Er liegt zum überwiegenden Teil im Durchzugsgebiet des sog. Sudanhandels und ist entsprechend mohammedanisch beeinflußt. Den christlichen Missionen ist wie den Europäern überhaupt der Zutritt noch nicht gestattet (vgl. Verordn. des Gouv. vom 20. Sept. 1907 Landesgesetzgebung S. 606). Der Bezirk umfaßt 21 800 qkm und zählte am 1. Januar 1907 5, am 1. Januar 1911 3 Europäer, d. h. außer den Beamten des Gouvernements hielten und halten sich andere Europäer im Bezirk nicht auf. Seine farbige Bevölkerung wird auf 225 000 Seelen geschätzt. Auf den Quadratkilometer kommen mithin 10,3 Personen, der Bezirk ist also für afrikanische Verhältnisse gut bevölkert. Den Hauptteil der eingeborenen Bevölkerung bilden die beiden in sich gefestigten Negerreiche der Tschokossi (Dyakosi oder Chakossi)

---

[1]) Die nachfolgenden Ausführungen bilden die Fortsetzung zu den in Bd. XXV, Heft 1 und Bd. XXVI, Heft 1 veröffentlichten Stammesrechten der Bezirke Atakpame, Misahöhe, Lome-Land und Anecho. Sie sind wie jene im Jahre 1907 gesammelt; die für jene gegebenen allgemeinen Erläuterungen gelten auch für diese. [Die Veröffentlichung erfolgt mit Genehmigung des Kolonialamtes. — Kohler.]

mit dem Hauptsitz Sansane-Mangu, in dessen unmittelbarer Nähe die deutsche Station gleichen Namens liegt, und der Dagomba oder Dagbom mit der Hauptstadt Jendi, soweit das alte, einst so mächtige Dagombareich bei der Aufteilung der sog. neutralen Zone zwischen Engländern und Deutschen [2]) an Deutschland gefallen ist. In beiden Reichen hatte sich bereits vor der Besitzergreifung durch die Deutschen eine das Stammesgebiet umfassende staatliche Organisation herausgebildet.

Dem gesamten übrigen Gebiet fehlten zur Zeit der deutschen Besitzergreifung geschlossene Stammesorganisationen. Die Bewohner lebten in losen, weitzerstreuten Dorfgemeinschaften, deren Zusammengehörigkeitsgefühl meist auf einer nur mehr oder minder lockeren Familienzugehörigkeit beruhte. Häuptlingsschaften gab es nicht, ja, Vorrechte für bestimmte Familien oder Familienmitglieder waren außer den durch das Alter und die Erfahrung innerhalb des engsten Familienkreises gegebenen nicht anerkannt. Gerade diese Zerrissenheit war im wesentlichen die Ursache, daß sich die Tschokossi und Dagbom große Teile botmäßig und tributpflichtig machten und teilweise ihre Autorität den Unterworfenen so einzuprägen verstanden, daß die Verwaltung dies Abhängigkeitsverhältnis in gewissem Umfang anzuerkennen und beizubehalten sich genötigt sah. Erst die deutsche Verwaltung, insbesondere der später in Kamerun gefallene Hauptmann Thierry, hat die einzelnen Gehöfte und Dorfschaften zu Landschaften (Serrota) zusammengefaßt, sie durch die deutsche Regierung eingesetzten und gestützten Häuptlingen unterstellt und damit auch für diese Teile das wesentliche Bindeglied zur Station geschaffen. Derartige Teile sind die Gebiete der Konkomba im Süden des Bezirkes, deren östliche Hälfte zum Bezirk Sokode-Basari gehört, und zu denen auch die Kpunkpam in nahen Beziehungen stehen, ferner die im Norden und Nordwesten unter dem

[2]) Vgl. Deutsch-englisches Abkommen betr. Samoa und Togo vom 14. November 1899, Art. 5 (Kolonialbl. 1899, S. 805).

Sammelnamen Moba bekannten zahlreichen Stämme und im Osten die Gebiete der Namba und Tamberma. Der Bezirk zerfällt somit stammesrechtlich in 5 bzw. 6 Teile. Die kleine Gurmaenklave bei Mangu ist praktisch ohne Bedeutung.

I. Die Tschokossi.

Auskunft erteilten: Häuptling N'jaba, Imam Amadu, Galadima Kokura, Malam Muhamma Djinjinna und eine Anzahl Großer, unter ihnen Nassiki aus Sansane-Mangu.

Die Mangu oder Tschokossi sind nicht Urbevölkerung. Sie sind von dem englischen Mangutura in ihre jetzigen Sitze im deutschen Schutzgebiet verzogen. Auf ihrer Wanderung wollen sie große Kriegstaten vollbracht haben. Früher soll auch eine Aufzeichnung des Imam, der diese Wanderung mitmachte, existiert haben. Sie soll jedoch bei einem Brande der Stadt Mangu zu der Zeit, als Hauptmann Thierry Stationsleiter in Mangu war, verloren gegangen sein. Damals wurde von dem Vorgänger des jetzigen Imam nach dem Gedächtnis eine neue Aufzeichnung angefertigt, von dieser fertigte der jetzige Imam Amadu, weil das Papier der Urschrift schlecht geworden war, eine Abschrift. Sie ist von mir dem Gouvernement in Lome übergeben worden. Einer der Malam las mir die angeblich in Wangara abgefaßte Geschichte vor, der Imam übertrug diese in Mangu und mein Dolmetscher Wilhelm verdolmetschte mir seine Worte ins Deutsche. Der Inhalt war ungefähr folgender:

> „Wir sind von Mangu weg. Wir von Mangutura wollen jetzt ein Sansane (Kriegslager) machen. Ich bin weg mit dem Häuptling Bema Pansafu und seinem Sohn Soma oder Breuma. Bema hatte Streit mit seinem Bruder und ging deshalb fort. Am 3. Mai zogen sie fort, der Streit hatte aber Monate gedauert. Bena ging an einem Sonnabend fort. Der Streit war um Weiber. Die Frau hieß Borajó. Sie war aus der Borajama-

familie und war die Hauptfrau eines Soma, nicht die des Sohnes von Bema. Als dieser Soma starb, wollte der Sohn die Frau haben und ein anderer auch, weil sie als die Hauptfrau viele Schätze des Häuptlings hatte. Darüber kam es zum Streit. Die wegziehende Partei nahm die Frau mit und mit ihr das Geld des Häuptlings. Bema zog am Sonnabend von Mangutura und machte erst am nächsten Freitag wieder ein Lager. Soma zog nicht gleich mit, weil an dem gleichen Tage der Bruder seiner Mutter starb. — Und mit Bema ging der Großvater des jetzigen Galadima Jakuba. Ihnen schlossen sich noch andere Familien an (in der Geschichte werden deren Namen im einzelnen aufgeführt). Weitere Familien folgten nach. Am 30. Juni waren alle schon weggezogen. Als sich viele Familien zusammengefunden hatten, machten sie auf Veranlassung des Häuptlings mit den Staaten, durch die sie kamen, Krieg. Zuerst mit der Stadt Njoreni. Viele Leute der Stadt wurden getötet und alles Vieh geraubt. Die Manguleute blieben dort ein Jahr, dann zogen sie nach Sane. Auch dort machten sie Krieg und töteten den Häuptling Jiba. In Sane blieben sie ein Jahr und einen Monat. Dorthin schickte der Häuptling der nächsten Stadt Jabo zum Bema seinen eigenen Sohn und den Häuptling eines anderen Dorfes und forderte den Bema auf, mit den Kandileuten Krieg zu machen. Das tat Bema und plünderte die Kandileute aus und tötete den Häuptling von Kandi. Auch in Kandi blieben die Mangu ein Jahr und einen Monat. Noch andere Staaten schickten jetzt zu Bema, brachten ihm Geschenke und forderten ihn auf, für sie den Krieg zu führen. Unter anderen taten dies auch der Häuptling von Gambaga und Salaga. Bema tat dies, nahm aber von ihnen je einen Sohn als Geisel mit und zog gegen Kandi ab. Hier machte er viel Krieg sieben Tage lang. Darauf

suchte Bema einen guten Platz zur Niederlassung und fand ihn an der Stelle, der jetzigen Stadt Sansane Mangu, die damals Kunjogu hieß. Auch die Kunjoguleute wurden unterworfen. Man wählte diesen Platz zur Niederlassung, weil er nach allen Seiten offen und übersichtlich war. Bema gab den Buschleuten neue Häuptlinge, die er aus seinen Verwandten aussuchte. Die Nachbarhäuptlinge mußten auf den Koran schwören, daß sie nicht gegen die Tschokossi Krieg machen wollten. Als diese sechs Jahre in Mangu waren, starb Bema. Darauf blieben die Mangu an ihren jetzigen Wohnsitzen, führten aber noch später viele Kriege."

Soweit der Inhalt der Urkunde. Zur Erklärung des Namens Sansane Mangu erzählten die Leute:

Als sich ihre Vorfahren auf der Stelle der jetzigen Stadt angesiedelt hatten, hätten sie die Siedlung nach ihrer früheren Heimat Mangu genannt. Da ihre Häuser zunächst aber nur Grashütten gewesen waren, wie dies in einem Kriegslager üblich sei, so hätten die durchziehenden Haussa die Stadt Sansane Mangu, zu deutsch „Kriegslager-Mangu" genannt. Tschokossi sei die Bezeichnung der Mangu seitens der Dagomba, die Mangu selbst nannten sich Ana.

Die politische Organisation fußt zum großen Teil auf dieser Vorgeschichte. Der Häuptling von Mangu ist Oberhäuptling sämtlicher Tschokossi. Die Häuptlinge der einzelnen Stadtteile von Mangu und alle übrigen Tschokossidörfer unterstehen ihm. Die Häuptlingswürde wechselt zwischen den Familien der Nachkommen des Häuptlings Bema und seines Sohnes Soma, so daß nach dem Tod des einen immer der älteste der anderen Familie Häuptling wird. Der Häuptling hat als besonderes Abzeichen seiner Würde am Tage seines Regierungsantritts eine weiße Mütze und einen Stock und sitzt zwischen zwei Lederkissen auf Löwen- und Leopardenfellen. Er bleibt nach erfolgter Bestätigung durch die Station sieben Tage in der Hütte, um alle Begrüßungen und Geschenke ent-

gegenzunehmen. Sobald er dann sein Haus verläßt, werden große Spiele für das ganze Volk abgehalten. Zu seiner Umgebung gehören der Galadima, der diesen Titel jedoch erst durch Hauptmann Thierry erhalten hat und früher nur ein Unterhäuptling war. Ferner der Safonini, zu deutsch Gewehrhäuptling, d. h. Anführer der Gewehrträger. Der Pongosoma, der oberste Reiterführer, ferner der Djamadudu, d. h. der oberste Trommler, der den Takt und die Melodie bestimmt. Nach seiner Musik dürfen aber nur Freie und Verwandte des Häuptlings tanzen; der Akolama, d. h. der die Trommelsprache ausübt. Oberster Würdenträger der Malam ist der Imam, der neben sich den Naëmi als seinen Vertreter hat.

Der Häuptling ist in der Wahl seiner Frauen nicht beschränkt, er kann z. B. auch Kabures heiraten. Die Kinder aus derartigen Ehen gelten trotzdem als zur Häuptlingsfamilie gehörig und können eventuell später Häuptlinge werden. Der Häuptling behält sein Amt bis zu seinem Tode. Er kann nicht abgesetzt werden. „Wenn er aber ein schlechter Häuptling ist, so muß er infolge der Verwünschung der ganzen Bevölkerung bald sterben." Deshalb ist seine Absetzung unnötig. Kommt es zum Kriege, so steht es jedem Mangumann frei, in den Krieg zu ziehen oder nicht. Wer aber nicht mitzieht, wird, wenn die Krieger zurückkehren, verspottet. Die freien Tschokossi leisten keine Abgaben an ihren Häuptling, nur die von ihnen unterworfenen Buschleute hatten bis vor kurzem jährliche Abgaben zu bringen. Zu ihnen gehören die Konkomba, Kpunkpan, Moba, Kantindi und Gandu. Aus diesen Stämmen bringen die Häuptlinge jedes Dorfes zu den Festzeiten Kauris und Kühe, und ebenso müssen die Angehörigen dieser Stämme den Mangu die nötigen Lebensmittel liefern, da letztere bis vor kurzem keine eigene Farm machten. Erst in allerletzter Zeit sind diese Abgaben durch die Station beseitigt worden. Von dem englischen Mangu sollen folgende Familien in den jetzigen Ort verzogen sein: Na Bema (Na zu deutsch Herr), Na Soma, Na Muhamma, Na Fadjara, Na

Kurandi Dessura, Na Bema Kerindini, Na Bemajo, Na Jukui, Na Kunandi Bossoro, Na Jenjuma, Na Luschina, Na Dana, Na Sebori, Na Betugu, Na Nanaju, Na Feli Gasama. Früher hatte jede von diesen Familien das Recht, abwechselnd ein Jahr lang mit den Buschleuten Krieg zu führen, und dabei auf eigene Rechnung Beute zu machen. Ihnen leisteten dann die übrigen Familien Heeresfolge. Es hieß aber nur, die Soma oder Betugu usw. führten Krieg. Das nächste Jahr „führte“ dann eine andere Familie den Krieg. Damals erhielt auch jede dieser Familien ein Dorf bzw. mehrere Dörfer in der Umgebung Mangus zugewiesen, die ihr tributpflichtig waren. Zu ihr brachten auch die Einwohner dieser Buschdörfer ihre Palaver. Entsprechend den 16 Familien hat die Stadt Mangu noch heute 16 Stadtteile, in denen der Familienälteste gleichzeitig Haupt des ganzen Stadtteils ist. Bei den großen Festlichkeiten sitzt der älteste der N'Bemafamilie auf dem ersten Platz, der der Somafamilie auf dem zweiten, der der Juku auf dem dritten Platz usw. Sämtliche Mangufamilien haben besondere Plätze. Erst in der letzten Zeit geben sie sich mit einer eigenen erwerbenden Tätigkeit ab. So legen sie schon jetzt für den eigenen Bedarf Farmen an; daneben gibt es eine ganze Reihe von selbständigen Gewerben, so Weber, Schmiede (Silber- und Eisenschmiede), Mattenflechter, Sattler, Schneider. Auch Barbiere kommen als selbständige Handwerker vor. Es beträgt der Preis für Haarschneiden bei kleinen Kindern 20, bei großen Leuten 50 Kauris; erwachsene Mitglieder der Häuptlingsfamilie bezahlen sogar schon 400 Kauris. Auch Färber und Korbflechter, ja auch schon Maurer gibt es, da die Fertigkeit Häuser zu bauen nicht mehr allgemein verbreitet ist. Die verschiedenen Gewerbetreibenden desselben Gewerbes kommen zuweilen zusammen und setzen die Preise fest. Unter den Sattlern und Schmieden gibt es sogar einen Obersten ihrer Innung. Eine besondere Stellung hat das Schlächterhandwerk. Der Serkin Pauer (der oberste Schlächter) beaufsichtigt das ganze Schlachten und ist dafür verantwortlich, daß nur gutes Fleisch verkauft wird.

Es werden eine ganze Reihe von gemeinsamen Festen gefeiert, so das große Krubifest am 27. November, das Mingarifest am 10. Februar, das Jumbalefest im März, das Kandumfest am 27. September. Außerdem finden die Gerichtsverhandlungen stets unter größerer Anteilnahme der übrigen Bevölkerung statt. Weitere gemeinsame Volksversammlungen gibt es nicht. Auch wenn früher große Kriege geführt werden sollten, so besprach sich nur der Häuptling mit dem Imam und bestimmte dann, an welchem Tage in den Krieg gezogen werden sollte. Dann wurden die großen Kriegstrommeln getrommelt und reitende Boten in die Dörfer herumgeschickt, worauf sich die gesamte Bevölkerung zum Kriege in Mangu zusammenfand.

Der Reichtum der Mangus war im wesentlichen von der Zahl der Sklaven, die sie bei ihrem Kriegszuge fingen, teils aber auch von Händlern kauften, abhängig. Die Sklaven mußten für ihren Herrn arbeiten; waren sie faul, so wurden sie wieder verkauft. Ein Recht zur Tötung hatte der Herr nicht. Der Sklave konnte aber bei Verletzung seiner Pflichten gepeitscht und in Eisen gelegt werden. Seine Kinder (auf Mangu „Abrua") hatten dieselbe Stellung wie die Sklaven. Den Sklaven war verboten, Mangumädchen zu heiraten, wohl aber konnte der Mangumann ein Sklavenmädchen ehelichen. Deren Kinder wurden frei. Alles, was der Sklave erwarb, gehörte dem Herrn. Eigenes Vermögen konnte er nicht erwerben. Eine Freilassung eines Sklaven gab es nicht. Es kam aber vor, daß der Herr einen bewährten Sklaven außerhalb des Hofes in einem der Farmdörfer ansiedelte. Er mußte aber auch alles, was er dort baute und erwarb, an den Herrn abliefern. Zurzeit ist die Sklaverei auch hier bereits gemäß der gesetzlichen Bestimmungen abgeschafft.

Fremde, die in Mangu verweilen wollten, hatten an den Häuptling gewisse Geschenke zu geben. Derjenige, der sie bei sich aufnahm, hatte sie dem Häuptling zuzuführen. Dank der Einrichtung des Songo (Herberge) seitens der Verwaltung

sind diese den Handel belastenden Abgaben beseitigt, da jetzt fast alle Händler im Songo wohnen.

Die Rechtsprechung liegt bei dem Häuptling und dem Imam, soweit sie seitens der Station zurzeit noch den Eingeborenen selbst überlassen ist. Geringfügige Streitigkeiten schlichtet der Serkin Songo, der Aufseher des Songo. Wenn jemand Schulden hat, so wendet sich der Gläubiger an den Häuptling. Erkennt der Schuldner die Schuld zwar an, hat aber kein Geld sie zu tilgen, so müssen die Verwandten seines Vaters bezahlen. Die Verwandten der Mutter sind nicht zur Zahlung verpflichtet; wenn sie es tun, so ist es nur ihr guter Wille. Bestreitet der Schuldner die Forderung, so werden Zeugen hinzugerufen; es ist nämlich üblich, beim Verkauf von Pferden und Kühen nach Abschluß des Vertrages in Gegenwart einer Anzahl Zeugen 1000 bzw. 200 Kauris an den Verkäufer zu zahlen. Diese Summe gilt als Angeld auf den Kaufpreis und wird außer diesem gezahlt. — Der Imam entscheidet selbständig nur diejenigen Palaver, an denen nur Malams beteiligt sind; in sämtlichen anderen Sachen muß der Häuptling dabei sein. Sind die Zeugen vernommen, so fragt der Häuptling die anwesenden Aeltesten nach ihrer Ansicht, eine eigentliche Abstimmung findet nicht statt. Die Entscheidung selbst trifft der Häuptling und teilt sie dem Jalamassa (Sprecher) zur Verkündigung mit. Die Verhandlungen finden in der großen Palaverhalle statt. Bestimmte Gerichtstage gibt es nicht, nur an dem mohammedanischen Feiertage, dem Freitag, wird kein Palaver abgehalten. Im übrigen finden dieselben nach Bedarf statt. Ist der Kläger mit seinem Anspruch durchgedrungen, so hat er dem Häuptling etwas von dem erhaltenen Gelde abzugeben; angeblich stets ein Zehntel des Wertes von dem, was er wirklich erhält. Wird der Kläger ganz abgewiesen, so hat er 15 Mark zu zahlen. Der Beklagte bezahlt nie Kosten. Von den Gerichtskosten erhält der Häuptling einen Teil, der andere wird an die Aeltesten verteilt. Der Imam nimmt angeblich für die von ihm geschlichteten

Palaver niemals Geld. Wenn jemand in den Verdacht kommt, die Unwahrheit gssagt zu haben, so fordert man ihn auf, sofern er Malam oder Mitglied einer Mangufamilie ist, auf den Koran zu schwören. Weigert er sich dessen, so wird angenommen, daß er die Unwahrheit gesagt hat. Wenn es sich nachher herausstellt, daß er falsch geschworen hat, so wird er trotzdem nicht bestraft, man glaubt, er müsse doch sterben. Gehört der des Lügens Verdächtige nicht zu den Malam, so macht man Fetisch. Die Parteien gehen zum Priester des Fetisches Danga, der seinen Sitz in Mangu hat. Der Priester streut ein schwarzes Pulver in Wasser, für jede der Parteien besonders, dann müssen beide trinken. „Wer lügt, der stirbt.“ Noch eine andere Fetischprobe ist gebräuchlich. Der des Lügens Verdächtige muß einen Ring aus kochendem Oel herausholen; dem Lügner verbrennt das Oel die Hand; wer die Wahrheit sagt, hat keine Schmerzen. Beide Fetischmittel sollen noch heute angewandt werden.

Wer sich, trotzdem er rechtskräftig verurteilt ist, weigert, die Schuld zu bezahlen, wird in eine Halle gesperrt und von einem Mann des Häuptlings bewacht. Meist bezahlen dann schon die Verwandten bis zum Abend die Schuld. Wer seine Schulden nicht bezahlen kann und auch keine wohlhabenden Verwandten hat, die für ihn eintreten können, muß einen Sklaven oder auch den eigenen Sohn als Pfand dem Gläubiger geben, bis er die Schuld getilgt hat. Ein Verkauf der Kinder kommt nicht vor. Weigert sich der Schuldner nur aus bösem Willen, die Schuld zu bezahlen, so läßt der Häuptling ihm gewaltsam Wertgegenstände wegnehmen. Der Schuldner kann dann bestimmen, ob z. B. das Vieh verkauft werden und aus dem Erlös der Kläger befriedigt werden oder ob dies direkt in das Eigentum des Klägers übergehen soll.

Als die Mangu früher noch selbst Strafsachen schlichteten, mußte derjenige, der einen anderen getötet hatte, 60 Mark und eine Kuh an den Häuptling und an die Aeltesten zahlen. Irgendeine Zahlung an die Verwandten des Getöteten erfolgte

nicht. Die Kuh wurde geschlachtet, das Blut in eine Grube gelassen und diese nachher zugeschüttet, so daß das vergossene Blut gleichsam begraben war. Auch hatten die Verwandten des Getöteten nicht das Recht, Angehörige des Mörders ihrerseits zu töten. Die erschienenen Mangu wiesen meine derartige Frage mit der Antwort zurück, „das tun nur die Buschleute“. Nach Hauptmann Mellin soll dagegen auch früher Blutrache vorgekommen sein. Wer einen anderen mit dem Messer geschlagen hatte, ohne ihn zu töten, hatte an den Verletzten 20 Mark zu zahlen, eine weitere Bestrafung trat nicht ein. War jemand als Dieb auf frischer Tat betroffen worden, so wurde dies ausgeklingelt. Die jungen Leute kamen mit einem Koruma (Stock der Manguleute mit dem eisernen Ring) zusammen und schlugen auf den Täter ein, bis er tot war. War die gestohlene Sache nur von geringem Wert, vielleicht nur im Werte von einigen Mark, so wurde der Täter allerdings nicht getötet, wurde aber mit dem Fuß in Eisen gelegt, mit einer Peitsche geschlagen und zwei bis drei Tage in Eisen behalten. Bei Wertsachen wurde der Dieb, auch wenn er erst nachträglich überführt wurde, stets getötet. Nach Hauptmann Mellin soll es auch für Diebstahl Verstümmelungsstrafen gegeben haben. Noch jetzt sollen in Mangu Leute wohnen, denen zur Strafe für begangenen Diebstahl die linke Hand abgeschlagen ist. Ich habe hierüber nichts zu ermitteln vermocht. Raub als Delikt kam bei den kriegerischen Mangus naturgemäß nur selten vor, war doch der räuberische Krieg ihre liebste Beschäftigung. Der Räuber wurde etwa einen Monat lang in Pflöcke gelegt. — Wer sich an der Frau eines anderen vergriffen hatte, wurde in Eisen gelegt und mußte 30 Mark zahlen. Hatte sich sein Vergehen gegen die Frau eines Häuptlings oder eines Mitgliedes der Häuptlingsfamilie gerichtet, so hatte der Täter 60 Mark zu zahlen, mußte außerdem einen feierlichen Schwur leisten, er wolle es nicht wieder tun. Hielt er den Schwur trotzdem nicht, so wurde er getötet. Ging die Frau selbst zu einem anderen Manne, so war

es Sache des Ehemanns, sich mit diesem gütlich zu einigen. Eine Bestrafung des Ehebrechers trat nicht ein. Sie erfolgte in einem solchen Falle nur, wenn es die Frau eines Häuptlings gewesen war. Seine Strafe betrug aber mit Rücksicht darauf, daß die Anregung zum Ehebruch von der Frau selbst ausgegangen war, nur 30 Mark. — Abtreibung ist häufig. Die weiter unten noch zu schildernden Freundschaftsverhältnisse zwischen den heranwachsenden Knaben und Mädchen bleiben häufig nicht ohne Folgen, die dann durch irgendwelche Abtreibungsmittel beseitigt werden sollen. In diesem Falle wird nur derjenige bestraft, der dem Mädchen die Mittel besorgt hat, das Mädchen selbst nicht.

Wer die Sache eines anderen beschädigte, war zum Schadensersatz verpflichtet. Die Höhe des Schadens bestimmte der Eigentümer nach Belieben. Der Täter hatte auch eine zu hohe Schätzung anzuerkennen. Eine Bestrafung trat nicht ein. Uebertretendes Vieh konnte sofort getötet werden, nur war der Eigentümer des Viehes zu benachrichtigen, damit er sich das tote Tier abholen konnte. Nach Anordnung der Station ist jedoch jetzt sämtliches Vieh auf die Station zu bringen. Wenn ein Sklave einen Freien oder einen anderen Sklaven tötete, so mußte der Sklave auch getötet werden. Hatte der Sklave Vieh getötet, so mußte der Herr für den Schaden aufkommen. Tat er dies nicht, so konnte der Eigentümer des getöteten Tieres den Sklaven für sich verlangen. — Solange die Mangus noch in ihren alten Sitzen im englischen Gebiet waren, soll die Bestimmung gegolten haben, daß der Mörder mit dem gleichen Instrument getötet werde, mit dem er den Mord ausgeführt hatte. In ihrem neuen Wohnsitz wollen die Tschokossi diese Bestimmung nicht mehr angewandt haben. — Das Haus des Häuptlings galt als Asyl. Der Täter konnte sich vor der Strafe schützen, wenn er in das Haus des Häuptlings floh und dieser für ihn bezahlte. Er wurde dann Sklave des Häuptlings. Floh der Täter in das Haus des Imams, so hatte der Imam die Entscheidung des

Häuptlings einzuholen, ob der Täter beim Imam bleiben solle. Stimmte der Häuptling dem zu, so blieb der Täter als freier Mann beim Imam, mußte aber für ihn arbeiten. Der Imam brauchte nicht dafür zu bezahlen.

Die Familie beruht auch hier auf dem Grundsatz der Vielweiberei. Die Frauen können keinen eigenen Hof oder Haus haben. Sie erben zwar von ihren Eltern, nicht aber vom Ehemann. Haben sie ein Palaver, so muß ihr Mann sie zu dem Häuptling begleiten. Früher waren Kinderverlobungen fast die Regel, jetzt warten aber die Tschokossi mit der Verlobung, bis das Mädchen erwachsen ist, weil es häufig vorkommen soll, daß sich die in der Jugend versprochenen Mädchen, nachdem sie erwachsen sind, weigern, den Bräutigam zu heiraten. Verlobungen werden auf folgende Weise abgeschlossen:

Der Tschokossimann schickt eine Frau seiner Verwandtschaft zu dem Vater (nicht zu der Mutter des Mädchens) und läßt ihn fragen, ob er ihm das Mädchen zur Frau geben wolle. Ein Malam nimmt hierbei die Vermittlung des Imams in Anspruch. Ist der Vater des Mädchens einverstanden, so gibt ihm der Bewerber 12 Kolanüsse. Die Annahme der Kolanüsse gilt als Zeichen der Zustimmung. Bis zum Tode des Vaters des Mädchens muß nunmehr der Bräutigam bzw. Schwiegersohn an jedem 27. September (dem Perlhühnerfest), Perlhühner an den Vater des Mädchens schenken. Ist das Mädchen erwachsen, so schickt der Bewerber 1 Schaf, 4 Tücher, 2 Paar Sandalen, eine Liga und 23000 Kauris an den Vater des Mädchens, der letzterer die 4 Tücher und 1 Paar Sandalen abzugeben hat. Auch die Mutter erhält ein Tuch und 4000 Kauris. Die Zahl der Frauen richtet sich bei den Tschokossis nach dem Vermögen. Reiche Häuptlinge sollen bis zu 100 Frauen haben, andere wohlhabende Leute bis zu 20. Ein Malam darf nicht mehr wie 4 Frauen nehmen, daneben kann er sich aber Sklavenfrauen halten, die aber nicht als eigentliche Frauen gelten. Die zuerst genommene Frau ist die Oberfrau, sie hat ein Haus für sich. Die übrigen Frauen

wohnen zu zweien oder dreien in einem Hause. Die Geschenke an die Frauen erhält die Hauptfrau, die für sich selbst am meisten behält und den Rest an die übrigen Frauen verteilt. Die Kinder der Frauen stehen einander völlig gleich. Das tatsächlich zuerst geborene Kind hat auch die rechtliche Stellung eines solchen. Die Kinder der Malams von ihren Sklavenfrauen stehen auch den Kindern der eigentlichen Frauen völlig gleich. Am Hochzeitstage bringen die Verwandten das Mädchen am Abend in das Haus ihres Mannes. Die Freundinnen des Mädchens veranstalten Tänze und Spiele, der junge Ehemann läßt viele Gewehre abschießen. Er zieht sich nachher mit seiner jungen Frau in das Ehegemach zur Vollziehung des Beischlafs zurück, während die Verwandten draußen warten. Nachher teilt der Mann den Harrenden mit, ob seine Frau noch unberührt war oder nicht. War ersteres der Fall, so kehren die Festteilnehmer unter lautem Spiel und Tanz nach Hause zurück, im anderen Fall gehen sie still nach Hause. „Dann weiß die ganze Stadt, was das bedeutet.“

Am nächsten Morgen sitzt der Mann in der Halle auf Kissen in seinen besten Kleidern, und alle Leute kommen und wünschen ihm Glück. Er verteilt an alle Besucher Kolanüsse. Die Malam müssen acht Tage nach der Hochzeit, die übrigen zehn Tage in ihrer Halle bleiben, ebenso die Frauen. Nach Ablauf dieser Frist besteigt der Ehemann sein Pferd und reitet mit seinen Freunden zu allen, die ihm Glück gewünscht haben, um ihnen zu danken.

Der Mann hat das Recht, die Frau fortzujagen, wenn sie die Ehe bricht. Stiehlt die Frau, so baut der Mann ihr ein Haus, das etwas entfernter von den übrigen liegt, und gestattet ihr nur sein Haus zu betreten, wenn er selbst anwesend ist. Auch die Frau hat das Recht, den Mann zu verlassen, wenn er sie schlecht behandelt, ihr nichts zu essen gibt, keine Geschenke macht, oder die ehelichen Pflichten nicht erfüllt. „Die Frauen sagen: wir kommen nicht nur zum Kochen und zum Hausreinmachen zu dir, wir kommen auch zu dir,

damit du uns beschläfst." Der Mann sucht dann durch Vermittlung der Mutter der Frau diese zur Rückkehr zu veranlassen. Die Frau kann auch durch ihre Familie gezwungen werden, wieder zu ihrem Manne zurückzukehren. Stirbt das Mädchen vor Abschluß der Ehe, so ist der Bräutigam nicht berechtigt, seine Geschenke zurückzuverlangen. Auch kann die Frau, die weggejagt wird oder freiwillig wegläuft, die ihr speziell gehörigen Sachen sämtlich mitnehmen. Stirbt der Mann, so können die jüngeren Brüder sich von den Frauen diejenigen aussuchen, welche ihnen gefallen. Die übrigen Frauen gehen wieder zu ihren Eltern zurück. Der älteste von den Brüdern wählt zuerst. Nach dem Tode ihres Mannes darf die Frau während der nächsten vier Monate nicht ihr Haus verlassen und nicht mit anderen Männern verkehren. Nach dem Tode einer Frau bleibt der Mann drei Tage in seiner Hütte und hat auch während dieser Tage den Geschlechtsverkehr mit anderen Frauen zu meiden. Nach Ablauf dieser drei Tage kommen die Weiber der Stadt und waschen ihn mit einer von den Malam bereiteten Medizin. Geschähe dies nicht, so würden die übrigen Frauen aus Angst, auch sterben zu müssen, nicht wieder zu ihm kommen.

Die Ehen sind nur zwischen Kindern desselben Vaters oder derselben Mutter verboten. Vetter und Cousine dürfen sich heiraten. Tschokossileute dürfen auch Frauen aus anderen Stämmen wählen, die Malam heiraten jedoch nur Malam- oder Tschokossifrauen. Jedes junge Mädchen von etwa zehn und mehr Jahren hat seinen Freund, der etwas älter zu sein pflegt. Mit diesem schläft es auch zusammen. Der Vollzug des Beischlafs ist ihm jedoch nicht gestattet, er darf nur mit dem Mädchen „spielen". Dafür bringt er seiner Freundin seinen ganzen Arbeitsverdienst und schenkt ihr in jedem Jahr zum Krubifest Geschenke, insonderheit eine kleine Lampe, die dann die Mädchen bei den Spielen tragen. Welches von ihnen am Feste keine Lampe trägt, hat auch keinen „Freund" und setzt sich damit dem Spott der übrigen aus, die für sich den

Beweis, hübscher und begehrenswerter zu sein, erbracht zu haben glauben. Die „Freundschafts“verhältnisse werden mit Wissen der Eltern abgeschlossen und gepflegt.

Die Sklavenfrauen der Malam sind die Dienerinnen der freien Frau. Sie sind auch dadurch schlechter gestellt, daß sie geringere Geschenke als die freien Frauen erhalten und daß bei ihnen der Mann nur drei Nächte anstatt vier Nächte wie bei den freien Frauen schläft. Wird ein Kind geboren, so kommen die sämtlichen Malam sechs Tage nach der Geburt zusammen, schlachten ein Schaf und geben dem Kinde den Namen. Die Tschokossi geben dem Kinde acht Tage nach der Geburt ohne besondere Feierlichkeiten den Namen. Der Mann meidet den Geschlechtsverkehr mit der Mutter, bis das Kind laufen kann. Mißgeburten werden nicht getötet; sie müssen nur immer im Hause bleiben, damit die übrigen Leute sie nicht sehen: „die Eltern schämen sich einmal des Kindes“, sodann besteht der Glaube, daß, wenn andere Frauen, die noch nicht Mutter geworden sind, die Mißgeburt sehen würden, sie gleichfalls Mißgeburten gebären würden. Die Knaben werden beschnitten; ein bestimmtes Alter ist für Vornahme des Aktes nicht vorgeschrieben. Die Sitte soll von den Ashanti übernommen sein, mit denen die Mangu noch stammverwandt sein wollen. Die Mädchen werden nicht beschnitten.

Unter den Frauen jedes Stadtteils hat eine Frau eine besondere Vorzugsstellung; sie hat die Feste und Spiele zu veranstalten und zu leiten, kann allerdings keine Palaver schlichten.

Die Toten werden im Hofe begraben. Anläßlich des Todes finden regelmäßig Totenfeste statt. Ob jemand Schulden hatte oder nicht, ist gleichgültig. Wenn das Familienoberhaupt stirbt, tritt an seine Stelle der jüngere Bruder. Er übernimmt das ganze Vermögen. Söhne und Töchter des Verstorbenen treten in seine Familie über und erhalten nur etwas von dem Onkel geschenkt. Ein eigenes Erbrecht haben sie nicht. Sind keine Brüder vorhanden, so erbt der älteste Sohn alles,

der seinerseits nach freiem Ermessen an die übrigen Kinder aus dem Nachlaß Geschenke verteilen kann. Ist aber der älteste Sohn noch nicht erwachsen, so nimmt nach Genehmigung seitens des Häuptlings ein älterer Verwandter oder auch ein älterer Sklave die gesamten Sachen des Verstorbenen bis zur Volljährigkeit des Sohnes in Verwahrung und Verwaltung. Wenn ein Sohn stirbt, so erbt in erster Linie sein jüngerer Bruder. Erst in Ermanglung eines solchen erbt der Vater. Die Frau erbt nicht. Beim Tode der Frau geht ihr Vermögen auf ihre Verwandten über, die einige Sachen den Kindern der Frau zu schenken pflegen, ohne jedoch hierzu verpflichtet zu sein. Letztwillige Verfügungen sind bekannt. Die Malam machen schriftliche Aufzeichnungen, in denen sie z. B. unter Uebergehung des ältesten Sohnes einen jüngeren als Erben einsetzen. Als Grund für derartige Enterbungen werden „Trunk“ oder „Schlechtigkeit“ angegeben. Der testierende Malam ruft nachher seine Verwandten zusammen und zeigt ihnen die Aufzeichnung und gibt ihnen und ebenso dem Häuptling deren Inhalt bekannt, damit später keine Palaver entstehen. Auch die Tschokossi errichten zuweilen mündlich letztwillige Verfügungen ähnlichen Inhalts, indem sie ihre Verwandten als Zeugen hinzurufen. Die Schulden des Erblassers muß der gesetzliche Erbe bezahlen, auch wenn die Schulden den Wert des Nachlasses übersteigen. Ein Recht, die Erbschaft auszuschlagen, gibt es nicht.

Grund und Boden sind innerhalb des Stammesbereichs noch keineswegs aufgeteilt. Nur in der Nähe der Stadt findet sich festes Eigentum. Das übrige Land ist herrenlos und wird je nach Bedarf in Besitz und Kultur genommen. Man wechselt das Farmland nach drei Jahren. Das aufgegebene Land wird aber nicht wieder herrenlos, es bleibt vielmehr im Eigentum desjenigen, der es zuerst urbar gemacht hat. Die Durchsetzung des Bodens mit Raseneisenstein und sonstigen Gesteinen macht die erste Urbarmachung außerordentlich schwierig. Das Land, aus dem die Steine entfernt sind, behält daher dank der großen

zunächst verwandten Arbeit seinen dauernden Wert, auch wenn nach einigen Jahren die Erträge zurückgehen und ein Brachliegen notwendig wird. Die Farmländereien sind durch Grenzen, die durch Steine gekennzeichnet sind, genau abgegrenzt. Gebaut wird hauptsächlich Guineakorn in verschiedenen Sorten, Jams, Mais und Reis. Die Tschokossi selbst bauen keinen Tabak und auch keine Baumwolle, es geschieht dies aber in einigen Nachbardörfern. Dank des Ueberflusses an herrenlosem Land sind weder Verkauf noch Verpachtung von Farmland üblich. Es kommt allerdings vor, daß jemand einem anderen gelegentlich fertiges Farmland zur Bestellung überläßt. Ein Pachtzins wird aber nicht dafür gezahlt. Das Farmland vererbt sich in der Familie. Schibutter-(Butyrosperanum Parkii) und Daua-Daua-(Parkia afrikana)Bäume, die hauptsächlichsten Fruchtbäume, gehören dem Grundeigentümer des Farmlandes. — Die Weiber beteiligen sich nicht an der Farmbestellung, sie helfen aber, wenn viel Unkraut wuchert, bei der Reinhaltung des Landes. Als hauptsächlichstes Bestellungsinstrument dient die Hacke. Von der Station werden Versuche zur Einführung der Pflugkultur gemacht.

Häuser haben keinen besonderen Wert. Ein Verkauf von ihnen kommt daher nicht vor. In der Stadt hat jeder seinen Hof schon vom Großvater her. Viele Verwandte wohnen auf ihm zusammen. Nicht zur Familie Gehörige dürfen sich auf ihm nicht anbauen. Der Aelteste der Familie sagt wohl, ihm gehöre der Hof, ein Recht zum Verkauf hat er jedoch nicht. Wird die Verwandtschaft größer, so kann auch der Hof vergrößert werden, eine Verlegung oder Teilung kommt kaum vor.

Der Finder kann die gefundene Sache behalten. Gewahrt bei ihm der Eigentümer den verlorenen Gegenstand, so steht es dem Finder frei, die Sache wieder zurückzugeben, und er pflegt dann vom Eigentümer ein kleines Geschenk als Entgelt zu erhalten. Er kann jedoch nicht hierzu gezwungen werden.

Gezahlt wird mit Geld und mit Kauris. Geld wird schon bevorzugt. Sind bei dem Verkauf eines Pferdes die üblichen 1000 Kauris angezahlt worden (vgl. oben S. 79), so kann der Verkauf nicht mehr rückgängig gemacht werden, auch wenn das Pferd nachher Fehler zeigt. Läßt der Verkäufer auf Bitten des Käufers wegen der Mängel in der Preisforderung nach, so ist es nur sein guter Wille. Früher konnte jeder, der ein Pferd kaufen wollte, zunächst verlangen, daß dasselbe drei Tage bei ihm untergestellt wurde, um es gründlich kennen zu lernen. In letzter Zeit ist dagegen eine derartige Ueberlassung auf Probe außer Uebung gekommen. Auch die Haussa wenden jetzt nur noch den Barkauf an und geben auch nicht mehr die Anzahlung von 1000 Kauris. Unter den Tschokossi ist der Käufer erst innerhalb des nächsten Monats zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet.

Darlehen kommen vor. Es muß aber nur stets die gleiche Summe zurückgezahlt werden, Zinsen werden nicht genommen. Häufig werden Wertsachen, jedoch kein Vieh, als Sicherheit für Darlehen verpfändet. Dann werden aber stets andere Personen als Zeugen für den Abschluß des Vertrages hinzugerufen. Bürgschaftsverträge sind häufig. Der Bürge ist zur Zahlung verpflichtet, wenn der Schuldner nicht bezahlt. Schenkungen unterliegen nicht dem Widerruf. Dienstverträge kommen unter den Farbigen nicht vor, „ein freier Mangu arbeitet nicht für einen anderen gegen Entgelt; wenn jemand keine Sklaven hat, so soll er selbst arbeiten".

II. Die Konkomba.

Auskunft erteilten: Dana aus Tschaboba und Naja aus Lagbale, beides eingeborene Polizisten, außerhalb fünf weitere Konkomba aus Tschaboba.

Die Leute nennen sich selbst Konkomba. Die Tschokossi nennen sie Barba. Nach den Erzählungen ihrer alten Leute sollen ihre Vorfahren von dem früheren Konkombaort Tscha-

dugo in der Nähe von Jendi in ihre jetzigen Wohnsitze gezogen sein. Darüber, daß sie früher einen großen Oberhäuptling gehabt haben, dem sämtliche Konkomba untertan waren, wie die Konkomba im Sokodebezirk erzählten, besteht bei ihnen keine Ueberlieferung. Nach den Angaben des Oberhäuptlings N'tjaba von Mangu haben sie auch nur dem Häuptling von Mangu unterstanden und jährliche Abgaben an ihn zu zahlen gehabt. Ihm, N'tjaba, ist auch nichts von einem großen früheren Konkombareich bekannt, ebenso hat Hauptmann Mellin niemals etwas davon gehört. — Die Konkomba hatten früher keinen Häuptling. Sie zahlten ihre Abgaben an die Mangu, soweit sie ihnen tatsächlich unterworfen waren, und wandten sich zuweilen wohl auch in Rechtsstreitigkeiten an diese. Unter ihnen selbst bestand auch früher kein geregeltes Verfahren. Streitigkeiten wurden mit dem Pfeil und Bogen ausgetragen. Erst der verstorbene Hauptmann Thierry hat Häuptlingsschaften gegründet und Häuptlinge eingesetzt, ohne ihnen jedoch das Recht zu geben, Palaver zu schlichten. Seit Errichtung der deutschen Herrschaft sind die Streitigkeiten zur Station zu bringen. Rechtsstreitigkeiten sind an sich jetzt verhältnismäßig selten, da die Konkomba ihre Einkäufe auf den Märkten von Bassari oder den Dagombamärkten stets bar bezahlen müssen. Weiber-, Grundstücks- und Strafsachen werden vor den Bezirksleiter gebracht. Auch unter den Konkomba gibt es Freie und Sklaven. Die Sklaven wurden früher vielfach von den Dagomba gekauft. Im Kriege wurden keine Sklaven gemacht. Die Feinde, deren man habhaft werden konnte, wurden niedergeschossen. Ein Sklave kostete früher etwa 20000 Kauris. Er hatte das Recht, sich wieder freizukaufen, wenn er aus dem Erlös der Farm, die ihm der Herr meist zur eigenen Nutzung zu überlassen pflegte, genügend erworben hatte. Die Sklaven sollen gut gehalten worden sein. Die Leute erzählen von Geschenken von Tüchern und Frauen an Sklaven.

Die Konkomba haben den Fetisch Lual, dem ein Priester

dient. Man wendet sich an ihn, wenn Frauen unfruchtbar bleiben oder wenn man Regen erflehen will. Auch bittet man den Fetisch, wenn man glaubt, daß ein Verwandter von einem anderen Manne verhext wurde und deshalb gestorben ist, den eigentlichen Zauberer zu töten. Dem Fetisch ist hierbei ein Schaf oder eine Ziege zu übergeben; der Fetisch fragt nur, wie der Mann heißt und wo er wohnt, „und nach ein paar Tagen ist er tot". „Der Fetisch hat ihn getötet, sein Bauch war stark geschwollen." Er stirbt unter vielen Schmerzen. Die Fetischpriester ergänzen sich stets aus derselben Familie, der Nachfolger ist entweder der Bruder oder in Ermanglung eines solchen der älteste Sohn. Außer Lual gibt es noch den Fetisch Betingbal, der um Regen gebeten wird. Außerdem hat noch jede Familie ihren kleinen Familienfetisch. Den Fetisch Fankoja, den die Konkomba des Bezirks Sokode verehren, kennen die hiesigen Konkomba nicht.

Die Konkomba haben an sich feste Wohnplätze, nur wenn viele Leute an einer Siedlungsstelle sterben, verlegen sie den Wohnsitz an einen anderen Platz in der Nähe, kehren aber nach zwei bis drei Jahren an die alte Wohnstätte zurück. Jede Familie hat ihr bestimmtes Farmland, das sie nach zwei bis drei Jahren wechselt. Das einmal bestellte Land bleibt im Eigentum des ersten Bestellers. Die Söhne helfen dem Vater bei der Farmbestellung, haben daneben aber auch selbst eine besondere Farm. Die einzelnen Farmen werden durch schmale freigelassene Streifen voneinander getrennt. Gebaut wird hauptsächlich Guineakorn. An Vieh werden Kühe, Schafe, Ziegen und Geflügel gehalten. Pferde haben die Konkomba nicht. Herrenloses Land ist noch im Ueberfluß vorhanden, ein Verkauf von Land kommt deshalb nicht vor.

Die Märkte finden an jedem fünften Tage statt. Auf ihnen werden hauptsächlich Lebensmittel verkauft, die mit Kauris bezahlt werden. Besondere Gewerbe existieren nicht. Haupterwerbszweig ist der Farmbetrieb. Die Gerätschaften für den Hausbedarf fertigt jeder allein, speziell machen die

Weiber die Töpfe. Pfeilspitzen und Lanzen werden von den Dagomba gekauft. Auch Vieh wird gehandelt. Vom Rindvieh werden jedoch nur die Bullen verkauft, die Kühe behält jeder für sich. Beim Verkauf von Bullen werden ein oder zwei Personen als Zeugen hinzugezogen. Sobald der Preis bestimmt ist, hat der Käufer 100 Kauris an den Jungen, der auf die Kühe aufpaßt, zu zahlen.

Die Familie beruht auch hier auf dem Grundsatz der Vielweiberei. Es gibt Männer, die bis zu zehn Frauen haben. Voraussetzung ist, daß sie die ausreichende Nahrung beschaffen können. Männer, die keine Frauen haben, soll es nicht geben. Verlobungen und Ehen spielen sich in folgender Weise ab:

Befindet sich eine Frau in anderen Umständen, so bringen ihr die jungen Leute Feuerholz, um sie zu bestimmen, das eventuell geborene Mädchen ihnen als Frau zu versprechen. Nimmt die Frau das Feuerholz an, so gilt das als Zeichen des Einverständnisses. Ist das Kind nachher ein Junge, so wartet der Mann, bis ein zweites Kind geboren wird, in der Hoffnung, daß es nun ein Mädchen sein werde. Wird ein Mädchen geboren, so muß der zukünftige Ehemann in den ersten drei Jahren je einen großen Haufen Guineakorn und in den folgenden Jahren jährlich eine Last den Eltern des Mädchens bringen. Außerdem hat er ihnen bei der Farmbestellung zu helfen. Die Mädchen werden mit dreizehn Jahren geheiratet. Im allgemeinen werden bei der Hochzeit keine Feste gefeiert, nur wenn jemand einen Zwilling heiratet, findet ein großes Fest statt, weil Zwillinge als Fetischkinder gelten. — Da der zukünftige Ehemann auch bevor das Mädchen erwachsen ist, gewissermaßen als deren Mann gilt, so ist das Institut der „Freunde", wie es die Tschokossi haben, hier unbekannt. Ehen zwischen Geschwistern, auch wenn die Mütter verschieden sind, und ebenso zwischen Vetter und Cousine, wenn die Väter Brüder sind, sind nicht zulässig. Wohl aber ist man berechtigt, Töchter der Brüder der Mutter zu heiraten. Daß ein

Mann seine Frau wegjagt, kommt nicht vor, „denn er hat schon zu viel für die Frau gearbeitet“. Dagegen pflegen zuweilen die Frauen ihrem Manne fort- und einem anderen Manne zuzulaufen. Früher wurde dann der Streit um die Frau mit Pfeil und Bogen ausgetragen; eine der häufigsten Ursachen für die vielfachen Fehden der Konkomba. Nach Hauptmann Mellin wurden die Frauen, die Ehebruch getrieben hatten, gebunden und von den jungen Leuten (Mädchen und Jungen, Erwachsene beteiligten sich nicht daran) geprügelt. Kam sie mit dem Leben davon, dann nahmen nachher der Vater sie wieder an sich oder aber sie ging auch in Einzelfällen zu ihrem Ehemann zurück. Es ist noch häufig vorgekommen, daß die Frau mit ihren Narben zur Station kam und die Bestrafung ihres Ehemannes verlangte. Die Station hat in den Fällen den Ehemann bestraft, da die Kinder, die die Züchtigung vorgenommen hatten, nicht bestraft werden konnten, und Häuptlinge, die für den Vorfall hätten verantwortlich gemacht werden können, nicht existierten. Die Frau wurde alsdann von ihrem Manne getrennt.

Die Geburt eines Kindes wird nicht besonders gefeiert.

Die Familienältesten werden vor der Halle, die den Eingang zu dem gemeinsamen Hofe bildet, beerdigt. Man glaubt an eine Art Weiterleben nach dem Tode. Die Verstorbenen können noch alle Menschen in der Welt sehen, ohne daß sie von den Lebenden gesehen werden können. Der Verstorbene heißt alsdann aber nicht mehr „Mensch“, sondern „Tigbill“ (zu deutsch „Geist“). Der Ort, wo alle Toten sich aufhalten, heißt Bachani; es soll dort sehr schön sein. Genauere Vorstellungen über die Beschaffenheit von Bachani bestehen jedoch nicht. Auch die schlechten Menschen kommen nach Bachani, sie erhalten nur keinen guten Platz.

Im Falle des Todes erbt der älteste Bruder die gesamten Sachen des Verstorbenen. Er übernimmt auch den Hof. Die Kinder des Verstorbenen gehen zu ihm. Die Söhne müssen jetzt für den Onkel arbeiten, wie sie es früher für den Vater

getan haben. Dieser schenkt den Kindern einiges von den Sachen. Erst wenn sie heiraten, kommen sie aus seiner Gewalt. Hatte der Verstorbene nur eine Frau, so fällt diese an den Bruder. Hatte der Vater mehrere Frauen, so bekommen die Söhne diejenigen Frauen, die nicht ihre eigenen Mütter sind. Die Frauen dürfen keine anderen Männer heiraten. Laufen sie nach dem Tode ihres ersten Ehemannes zu einem anderen Manne, so holen sie der Bruder des Verstorbenen oder sein Sohn eventuell unter Anwendung von Pfeil und Bogen wieder.

III. Die Kpunkpam (Pangpana).

Auskunft erteilten: Lassa, Häuptling von Nanbum; Burgei, jüngerer Bruder des ersteren, Moereme, Neffe des Häuptlings von Nanbum, Japari, Häuptling von Bumbuna und Komana, Häuptling von Dibon.

Die Kpunkpam sind von den Mangus unterworfen worden, als diese von dem englischen Mangu nach ihren jetzigen Sitzen zogen. Viele Kpunkpam wurden damals gefangen, später aber gegen die Verpflichtung wieder freigelassen, jedes Jahr Abgaben zu liefern. Sie wollen selbst früher von Sokuru bei Karga im englischen Dagomba nach ihren jetzigen Wohnplätzen gezogen sein. Wann diese Wanderung stattgefunden hat und wann die Unterwerfung erfolgte, läßt sich nicht genauer feststellen. Angeblich sollen seitdem schon „5 Großväter gestorben sein“. Bei der Verteilung der unterworfenen Stämme an die einzelnen Mangufamilien (vgl. oben S. 75) wurden die Kpunkpam in Nanbum der Bemafamilie in dem Stadtteil Djermabu zugewiesen. Ihr Oberhaupt, der obengenannte Nassiki, gilt noch jetzt als ihr Oberhäuptling. An diesen wurden früher jährliche Abgaben in Kühen und Guineakorn geleistet, jetzt hat nur noch jeder Hof jährlich eine Last Guineakorn abzugeben. Der Aelteste der Bemafamilie entscheidet auch die Palaver, und zwar nach Tschokossirecht;

sie selbst schlichten keine Rechtsstreitigkeiten. Die sämtlichen Kpunkpamortschaften sind auf die verschiedenen Mangufamilien verteilt und bringen daher auch vor deren Aelteste die Rechtssachen. Auch in Strafsachen ist der Mangumann sehr häufig der Mittelsmann zwischen den Kpunkpam und der Station.

Das zur Bestellung brauchbare Land ist sehr knapp, da die Gegend sehr steinig ist. Man bebaut dieselbe Stelle nur zwei Jahre und geht nach vier Jahren wieder auf den alten Platz zurück. Das Brachland bleibt im Eigentum dessen, der es vorher bebaute. Grund und Boden vererben sich. Die darauf befindlichen Nutzbäume gehören dem Eigentümer des Grundstücks. In größerer Entfernung von den Ortschaften gibt es noch herrenloses Land. Die einzelnen Grundstücke werden durch Furchen, die mit der Hacke gezogen werden, voneinander getrennt. Gebaut werden hauptsächlich Guineakorn, Jams und Bohnen. Baumwolle und Tabak werden nicht angebaut. Verkauf und Verpachtung von Land kommen auch hier noch nicht vor, höchstens eine unentgeltliche Ueberlassung. Die Farm wird durch die Männer bestellt. Auch Häuser werden noch nicht verkauft. Der Hausbau ist nicht schwierig. Jede Familie wohnt getrennt von den übrigen in einem Hof für sich. In einem derartigen Hofe wohnen etwa ein bis zehn Männer. Irgendwelche staatliche Organe außer dem Häuptling haben die Kpunkpam nicht. Regelmäßige Volksversammlungen finden nicht statt. Neben den Freien gibt es Sklaven, die früher von den Tschokossi gekauft wurden. Ein Freikauf war unzulässig. Kinder von Freien und Sklaven sind frei. Die Kinder von zwei Sklaven können nicht weiter verkauft werden.

Die Kpunkpam haben einen Fetisch Tingban. Sein Sitz ist nicht weit von Nambun. In jedem dritten Jahre gehen alle Großen und alle Weiber mit Schafen und Ziegen zu ihm, opfern je ein Schaf und eine Ziege und veranstalten besondere Fetischspiele und Tänze. Man erbittet vom Fetisch Kinder-

segen, Regen, Schutz gegen Gefahr durch wilde Tiere und dergleichen. Andere Fetische gibt es angeblich nicht.

Die Kpunkpam treiben ausschließlich Ackerbau und Viehzucht. Die nötigen Hacken und Eisengeräte, ebenso Tücher und Hemden für die Männer (die Frauen tragen nur das Blätterbündel), auch Pfeile und Pfeilspitzen werden von den Tschokossi oder den Dagomba gekauft. Gezahlt wird mit Kauris. Geld ist so gut wie unbekannt. In Dibon findet an jedem siebenten Tage ein Markt statt. Auf ihm werden (teils durch die Manguleute) Tabak, Daua-Daua und Schibutter und Schafe, Ziegen und Hühner gehandelt. Pferde haben die Kpunkpam nicht. Kühe werden nicht oder doch nur sehr selten verkauft. Schafe und Ziegen werden nur gegen bar veräußert. Bei Kühen wird eventuell der Kaufpreis gestundet, dann ist jedoch eine bestimmte Anzahlung zu leisten.

Wird ein Mädchen geboren, so kommt unmittelbar nach der Geburt schon der zukünftige Ehemann zu dem Vater und bittet diesen, das Mädchen ihm später als Frau zu geben. Gleichzeitig bringt er für die Mutter Feuerholz. Erklärt sich der Vater einverstanden, so gilt das Mädchen von nun an als seine Braut. Der Bewerber muß jedes Jahr für den Vater des Mädchens ein Stück Farmland bestellen. Sobald das Mädchen erwachsen ist, geht es zu dem Mann als seine Frau. Besondere Festlichkeiten finden nicht statt, nur pflegt dieser einen Topf Bier an den Vater seiner jungen Frau zu schicken. Ein bestimmter Kaufpreis wird für das Mädchen nicht gezahlt. Es gibt viele Männer, die keine Frau haben. Reiche Männer haben bis zu fünf. Es gibt aber auch eine ganze Anzahl von Frauen, die, ohne verheiratet zu sein, von einem zum anderen Manne gehen. Das Entgelt für die Gestattung des Beischlafs besteht lediglich in einem Quantum Bier, das der Frau geschenkt wird. Ist eine Frau ihrem Manne wiederholt untreu, so kann dieser sie fortjagen. Die Kinder und die Sachen der Frau bleiben bei ihrem Ehemanne. Diebstahl seitens der Frau ist kein Scheidungsgrund. Die zuerst geheiratete Frau gilt

auch hier als Hauptfrau, die die meisten Geschenke erhält. Beim Tode des Mannes steht der Frau es frei, nach ihrer Wahl zu anderen Männern zu gehen. Meistenteils bleibt sie aber, wenn sie Kinder von ihrem ersten Ehemanne hat, bei dessen jüngerem Bruder. Die Kpunkpam haben niemals Mangufrauen geheiratet, wohl aber haben die Tschokossi wiederholt Kpunkpamweiber zu Frauen genommen. Die jungen Mädchen haben in ähnlicher Weise ihre „Freunde" wie die Mädchen in Mangu. Deren Geschenke bestehen jedoch nur in Bier; Lampen werden nicht geschenkt.

Die Toten werden in großen gemeinsamen Höhlen beerdigt, die in die Erde hineingebaut werden. Die Wände werden mit Steinen und Stöcken abgesetzt. Jede Familie hat eine solche Höhle. Die Eingänge werden mit Steinen zugedeckt und ein großer Topf obenauf gestellt. „Wenn jemand im Traum seinen verstorbenen Vater gesehen hat und dieser den Wunsch äußerte, Essen haben zu wollen, so schlachtet der Sohn Ziegen oder Hühner und bringt sie zu der Begräbnisstelle." „Die Toten leben an einem Ort Kukau. Dort ist Gott. Wer auf der Welt ein sehr schlechter Mensch gewesen ist, kann nicht nach Kukau kommen, er muß immer im Busch bleiben. Gott und die übrigen guten Menschen würden ihn wegjagen. Kukau ist hinter dem Blauen über uns, über der Erde." Im Falle des Todes nimmt der nächstälteste Bruder des Verstorbenen dessen gesamte Sachen und schenkt nachher nach seinem Belieben etwas an die Söhne, eventuell Tücher an die Töchter. Wenn keine Brüder vorhanden sind, erbt der älteste Sohn den ganzen Nachlaß.

IV. Die Tamberma.

Die Tamberma des Mangubezirkes hatten bisher keine eigentliche Stammesorganisation. Jede Familie lebt für sich in ihrem Gehöft. Die Gehöfte liegen in größeren oder kleineren Abständen voneinander getrennt, in der Landschaft zerstreut.

Geschlossene Dörfer im eigentlichen Sinne gibt es nicht. Zu jedem Gehöft gehört bestimmtes Farmland; das vorhandene Land ist aber noch keineswegs ganz aufgeteilt, es ist noch eine große Fläche herrenlosen Landes vorhanden. Die einzelnen Farmen sind durch Steine begrenzt. Dieselbe Fläche wird fünf Jahre lang bestellt, dann wechselt man die Stelle. Das Brachland bleibt im Eigentum des ersten Bestellers. Das Land vererbt sich auf den nächstjüngeren Bruder und in Ermanglung eines solchen auf den Aeltesten in der Familie, nicht auf den Sohn. Wer noch nicht verheiratet ist, arbeitet für den Vater; auch nach der Verheiratung haben die Söhne noch ihrem Vater zu helfen. Hauptbeschäftigung ist der Farmbetrieb. Einzelne Handwerke befinden sich in ihren Anfangsstadien. So gibt es Schmiede, die jedoch nur Reparaturen ausführen, z. B. alte Hacken oder Pfeilspitzen wieder gebrauchsfähig machen. Auch Schneider und Weber gibt es. Die Töpfe werden in Lamba gekauft.

An jedem vierten Tage finden Märkte statt, und zwar in den Dörfern Kunogogo, Bethaba, Benaloba und Koaba; bezahlt wird in Kauris.

In den einzelnen Familien hat sich keine besondere Organisation herausgebildet, so daß es hier auch nicht die sonst fast überall vorkommenden sog. „Großen“ gibt. Alle sind gleichberechtigt. Höheres Alter gibt nur durch die größere Erfahrung eine gewisse Autorität. Irgendeine Gerichtstätigkeit materieller oder formeller Art war früher unbekannt. Streitigkeiten ernsterer Natur wurden durch Pfeil und Bogen geschlichtet, kleinerer Art durch gegenseitiges Nachgeben beigelegt. Auf Anordnung der Station haben jetzt, wenn Streitigkeiten zwischen Mitgliedern zweier verschiedener Familien vorkommen, die Aeltesten der beiden Familien zusammenzukommen und gemeinsam die Angelegenheit beizulegen. Die Angelegenheit wird dann gemeinsam besprochen, Parteien und eventuell Zeugen gehört, ein besonderes Gerichtsverfahren hat sich aber noch nicht herausgebildet. Insbesondere gibt es kein Recht,

den Schuldner, der die Schuld nicht bezahlt, zu verkaufen; der Gläubiger hat zu warten, bis der Schuldner selbst oder seine Kinder aus den Farmbeträgen ihn befriedigen!

Gottesurteile, Ordale in irgendwelcher Form sind angeblich auch früher niemals üblich gewesen. Man ging nur, wenn einem eine Sache fortgekommen war, noch zum Fetisch Fuafa und bat ihn, er möchte den Dieb töten. Man pflegte diese Absicht vorher bekannt zu geben, meist hatte das schon die Folge, daß dann der Dieb aus Furcht vor der Macht des Fetisches die Sache zurückbrachte. Besondere Fetischpriester gibt es nach Angabe der Leute nicht; nach Mitteilung von Hauptmann Mellin sollen doch derartige Aemter bestehen. Ich habe die Frage nicht mehr nachzuprüfen vermocht. Von dem Fetisch Fuafa bestehen kleine Holzfiguren, von denen jede Familie eine oder mehrere hat.

Sklaven soll es jetzt nicht mehr geben und auch niemals gegeben haben. Strafrechtlich interessant ist, daß auch diese Tamberma ebenso wie die des Sokodebezirkes bei Streitigkeiten, die meist bei gemeinsamen Gelagen entstehen, den Zweikampf mit Peitschen kennen. Die Parteien schlagen abwechselnd. Während der eine schlägt, pariert der andere, bis Hinzukommende dem Treiben Einhalt gebieten.

Als Höchstzahl der Frauen werden hier vier angegeben. Ihre Zahl richtet sich nach der Menge von Nahrungsmitteln, die der Mann beschaffen kann. Es soll Männer geben, die keine Frauen haben.

Wenn ein Mädchen geboren wird, so geht der Ehemann, der auf das Mädchen als Frau reflektiert, alsbald nach der Geburt zu den Eltern und legt ein Huhn auf die Schwelle ihres Hauses. Ist das Mädchen noch nicht einem anderen Manne versprochen, so nehmen die Eltern das Huhn, im anderen Falle wird dem Freier bedeutet, daß das Mädchen schon vergeben ist. Er nimmt dann das Huhn wieder mit sich. Wird aber das Einverständnis erteilt, so bringt der Bewerber noch einen Sack Guineakorn, ein Huhn und ein Perlhuhn zu

den Eltern und hat ferner jedes Jahr auf der Farm der Schwiegereltern zu arbeiten. Sobald das Mädchen erwachsen ist, schenkt der Bräutigam wieder einen Sack Guineakorn, einen Sack Bohnen, zwei Perlhühner und 600 Kauris an die Eltern. Der Vater des Mädchens bereitet Bier, das gemeinsam ausgetrunken wird, nachher bringt er das Mädchen in die Hütte des Mannes. Stirbt der Ehemann, so übernimmt der jüngere Bruder auch die Frauen. Dieser hat nicht mehr für sie an die Frau selbst oder an ihre Eltern zu zahlen. Ist die Frau hiermit einverstanden, so kann sie auch zu einem anderen Verwandten ihres Mannes gehen, auch dieser bezahlt dann nichts dafür. Will sie aber zu einem Manne außerhalb der Verwandtschaft, so hat dieser der Verwandtschaft des Verstorbenen Ersatz für die von dem Verstorbenen geleisteten Geschenke zu liefern. Stirbt das Mädchen vor der Heirat, so kann der Bräutigam keinen Ersatz für die bisherigen Aufwendungen verlangen.

Jedes Gehöft beerdigt seine Toten in großen gemeinsamen Höhlengräbern; um deren Eingang werden Bäume im Halbkreis gepflanzt, der Platz gilt als Fetischplatz. Kinder werden in demselben Loche wie Erwachsene beerdigt. Auch ist es für die Art der Bestattung unwesentlich, ob der Verstorbene Schulden hatte oder nicht. Jedoch müssen die Verwandten für die Schulden aufkommen. Nach dem Tode kommen alle Verwandten des Verstorbenen zusammen; der älteste Sohn erhält stets die Waffen des Verstorbenen, er in Gemeinschaft mit dem ältesten Bruder verteilt den Nachlaß. Meist gibt es dabei Streitigkeiten.

V. Die Namba.

Auskunft erteilten: Banjali, Oberhäuptling von Kande, Saru, Unterhäuptling aus Kande und Baru, Großmann aus Basside.

Die Namba wollen immer an ihren jetzigen Wohnplätzen gewohnt haben. Von früheren Wanderungen ist ihnen nichts

bekannt. Der Oberhäuptling von Kande hat vier Unterhäuptlinge; außerdem gibt es noch weitere Häuptlinge. Die Macht der Oberhäuptlinge ist sehr gering, die politische Organisation ist nur wenig ausgebildet. Vielfach sind diejenigen, die von den Leuten als Häuptlinge bezeichnet werden, nur von der Station eingesetzte sog. Eingeborenenpolizisten. Nur die Oberhäuptlinge haben das Recht, Palaver zu schlichten resp. zu entscheiden. Aelteste oder andere Personen, die besondere Funktionen auszuüben hätten, gibt es neben ihnen nicht. Eine etwas geordnete Rechtspflege hat sich erst zu entwickeln begonnen, nachdem die Landschaft unter die deutsche Herrschaft gekommen ist. Früher wurden Rechtsstreitigkeiten mit Pfeil und Bogen ausgetragen. Feststehende Verfahrensgrundsätze gibt es daher nur erst bedingt. Wer früher in seinem eigenen Dorfe wiederholt stahl oder sich sonst fortgesetzter Delikte schuldig machte, wurde getötet. Bei Schuldforderungen wendet sich jetzt der Gläubiger an den Häuptling, der dem Schuldner aufgibt, die Schuld zu bezahlen. Kommt er dieser Aufforderung nicht nach, so läßt der Häuptling irgendeinen der Verwandten des Schuldners greifen und an den Gläubiger abgeben. Der Gläubiger behält dann den betreffenden Mann bei sich als Sklaven, um ihn, wenn er faul ist, zu verkaufen und sich aus dem Erlöse zu befriedigen. Wenn jemand die Schuld bestreitet oder irgendeine strafbare Handlung, die ihm zur Last gelegt wird, ableugnet, so nimmt man ein Fetischmittel des Fetisches Mosso und legt es in ein Loch vor der Tür des Verdächtigen, so daß dieser darüber hinwegschreiten muß, wenn er in sein Haus eintritt. Der Fetisch Mosso wohnt in einem großen Affenbrotbaum, eigentliche Priester hat er nicht. Jeder begibt sich selbst zu dem Baum. Andere Fetische sollen nicht anerkannt sein. Das Fetischmittel ist etwas Erde von der Wurzel des Baumes. Der Verdächtige erfährt von der Anwendung des Mittels nichts, „er muß aber sterben, wenn er beim Palaver gelogen hat“. An den Mosso wendet man sich auch, wenn man Kindersegen erflehen will. Um Regen zu er-

bitten, begibt man sich zu dem bekannten Regenfetisch nach Anima. Der bei den Tamberma übliche Zweikampf zum Austrag gegenseitiger Schimpfereien ist in Namba unbekannt.

Sklaven hat es früher gegeben und gibt es auch jetzt noch. Früher kam es häufig vor, daß ein Namba, der viele Kinder hatte, einige von ihnen an andere Namba oder auch an Manguleute verkaufte. Zu diesem Verkauf war nur der wirkliche Vater, nicht etwa auch der Onkel berechtigt. Die Sklaven konnten von ihren Herren weiter verkauft werden.

Die Mädchen werden verlobt, wenn sie etwa drei bis vier Jahre alt sind. Der Bewerber wendet sich an den Vater des Mädchens und bringt diesem einen Sack Guineakorn. Die Annahme des Guineakorns gilt als Zeichen der Einwilligung zur späteren Ehe. Der Bewerber hat jedes Jahr, bis das Mädchen erwachsen ist, dem Vater einen Sack Guineakorn zu liefern und auch für ihn zu arbeiten. Sobald das Mädchen erwachsen ist, schmücken die Eltern es mit Schnüren aus Kauris und bringen es zu seinem nunmehrigen Ehemanne. — Die Unberührtheit wird nicht besonders bewertet. — Dieser behält die Frau drei Tage und drei Nächte bei sich. Am vierten Tage werden große Spiele veranstaltet. Die Freunde und Verwandten kommen zusammen, überreichen Bier und sonstige Geschenke und auch der Ehemann hat hierzu gemeinsame Gelage bereitet. Eine Freizeit für die Frau, wie in Akposso, gibt es hier nicht. Auch Tausch von Frauen kommt nicht vôr. Der Mann hat das Recht, die Frauen wegzujagen. Laufen diese selbst zu einem anderen Manne, so kann der Ehemann von diesem vollen Ersatz seiner Aufwendungen verlangen. Beim Tode des Ehemannes übernimmt der nächstjüngere Bruder die Frauen. Ihnen steht es jedoch frei. einen anderen Mann zu erwählen, alsdann bleiben ihre Kinder in der Familie des früheren Ehemannes. Ersatz für die Aufwendungen wird nicht verlangt. Alle erwachsenen Männer sollen Frauen, einige sogar bis zu fünf Frauen haben.

Jedes Dorf bzw. Familiengehöft hat seine gemeinsame

große Begräbnishöhle, in der alle Toten beigesetzt werden. Der Platz ist nicht weit vom Dorfe. Um den Eingang werden Dornensträucher im Kreise herumgepflanzt. Kinder und auch Leute, die Schulden haben, werden im gleichen Loche beerdigt. Angeblich glaubt man nicht an ein Fortleben nach dem Tode. Auch über Geisterglauben ließ sich nichts ermitteln. — Sämtliche Sachen des Verstorbenen erbt sein ältester Bruder, der älteste Sohn erhält jedoch die Farm. Sind mehrere Söhne vorhanden, so geht das Farmland auf diese gemeinsam über. Sind keine Brüder vorhanden, so teilen die Söhne den Nachlaß unter sich. Die Frauen erben nicht mit. Die Schulden des Erblassers müssen von den Verwandten bezahlt werden.

Mehrere Familien gehören in einem Dorfe zusammen. Jedes Dorf hat sein Farmland. Das noch unbebaute Land kann nach Bedarf in Kultur genommen werden. Dieselbe Stelle wird in der Regel drei Jahre lang bepflanzt. Die einzelnen Farmen sind durch Steine abgegrenzt. Das einmal in Kultur genommene Land bleibt im Eigentum des ersten Bestellers. Es soll aber noch ein Ueberfluß an herrenlosem Lande vorhanden sein. Wer noch keine Frau hat, arbeitet mit dem Vater zusammen auf derselben Farm. Ist er verheiratet, so legt er selbständig eine Farm an. Die Farmbestellung ist die Hauptbeschäftigung. Daneben gibt es gewerbsmäßige Jäger. Eigentliche Handwerke scheinen sich dagegen noch nicht herausgebildet zu haben. Wenigstens gibt es keine Schneider, Weber oder Lederarbeiter. Höchstens sind einige Leute im Flechten von Grasmatten, mit denen die Türen geschlossen werden, besonders geschickt und bringen solche zum Verkauf. Die Beutel aus Tierhaut, die jeder Namba zu tragen pflegt, näht sich jeder selbst. Eisensachen werden in Anima gekauft. An jedem zehnten Tage findet Markt in Kande statt. Zahlungsmittel sind Kauris und Hühner. Auf dem Markt werden Hacken aus Difale, Töpfe, Guineakorn und andere Lebensmittel zum Verkauf angeboten.

VI. Die Moba.

Auskunft erteilten: Najinni, Bruder des Häuptlings von Bogu, Qualani, Aeltester aus Bogu, Jennoma, Oberhäuptling aus Najintendi, Tingedone, Oberhäuptling von Dapong, Gabua, Sohn des Häuptlings von Nanno, Jamma, Oberhäuptling von Kantindi, Taraka Kadjeripare, Häuptling von Dantugo und Unterhäuptling des Daponghäuptlings, Ojontumu, Häuptling von Logoti, ebenfalls Unterhäuptling des Daponghäuptlings, Sebezieka, Häuptling von Sagari, Unterhäuptling des Jamma.

In Bogu, Najentindi, Dapong und Kantindi hat nur der Oberhäuptling die Gerichtsbarkeit. Die Nanoleute bringen ihre Sachen vor den Häuptling von Bogu. Das gesamte Gebiet der jetzt mit Hoba bezeichneten Landesteile zerfällt in einzelne Landschaften, an deren Spitze ein Oberhäuptling steht, dem wieder eine Anzahl von Unterhäuptlingen unterstellt sind. Ihm zur Seite steht ein Sprecher. Die verschiedenen Landschaften. die Oberhäuptlinge haben, sind: Lotogu, Dantugu (Wokambett), Bonabe (Bugnaba), Napandori — seine Einwohner wollen ein Pankpamstamm sein und am längsten in dem jetzigen Moba wohnen —, Bogu, Kantindi (die Kantindileute wollen zuletzt aus Konkomba gekommen sein), Dapong und Najintendi, die aus Dejobe eingewandert sein wollen. und Borgu, dessen Einwohner aus Kankanjoba gekommen sein wollen. Die Einwohner der ersten drei Landschaften sollen aus Dagomba oder richtiger Mamprussi eingewandert sein. Die Einwohner der zu viert genannten Landschaft sind, wie bereits gesagt, ein Konkombastamm, die übrigen sind aus verschiedenen Gurmadörfern gekommen. Trotz dieser Verschiedenheit der ursprünglichen Wohnsitze gleichen Sitten und Gebräuche sich untereinander, nur geringfügige Abweichungen bestehen. In den einzelnen Dorfschaften wohnen die verschiedenen Familien in räumlich ziemlich weit voneinander liegenden Höfen. Gemeinsame Volksversammlungen finden nicht statt. Die Mobaleute feiern aber, wenn das Guineakorn und der Jams geerntet wird,

ein gemeinsames großes Fest und opfern hierbei dem Gotte Birig, dem zuerst zwei Hühner geschlachtet werden. Die Feste bestehen nachher in großen Schmausereien, Gelagen, gemeinsamen Tänzen und Spielen.

Im übrigen kommen die Aeltesten auf die Aufforderung des Häuptlings zu den Gerichtsverhandlungen zusammen. In Kantindi bringt jeder Hof dem Oberhäuptling jährlich von den Erträgen des Feldes einen Teil, eventuell auch etwas Vieh. Bestimmte Mengen sind nicht festgesetzt. In den übrigen Landschaften bestehen derartige Abgaben nicht. Der Oberhäuptling hatte früher das Recht, einen „schlechten Mann“, der wiederholt gestohlen oder einen anderen getötet hatte, zu verkaufen. Drohten Kriegsgefahren, so rief der Häuptling alle großen Leute zusammen und fragte, ob das Volk in den Krieg ziehen wolle. Ihre Zustimmung war notwendig, allein konnte der Häuptling nicht darüber entscheiden.

Bei sämtlichen Stämmen gibt es nur Freie und Sklaven. Unter den Freien nimmt nur der Häuptling eine besondere Stellung ein. Sein Nachfolger wird aus derselben Familie gewählt. In den Mangu näher liegenden Ortschaften sind die Häuptlingsfamilien Mangus. Die politische Organisation ist im übrigen im wesentlichen erst durch die deutsche Verwaltung durchgeführt worden. Die Sklaven hatten für den Herrn zu arbeiten, Kinder von Sklaven und Freien sind frei. In Kantindi und Bogu pflegt der Herr den Sklaven keine Frauen zu geben, in Dapong wurden überhaupt nur Frauen und gar keine Männer als Sklaven gekauft. Viele Sklaven hat es in diesen Gegenden niemals gegeben. Die Sklaven erhalten kein eigenes Vermögen, sie mußten gemeinschaftlich mit den unverheirateten Söhnen ihres Herrn die Farm bestellen, so daß sie nicht zu eigenem Erwerb kamen. Der Herr hatte nicht das Recht, den Sklaven zu töten. War er mit ihm unzufrieden, so verkaufte er ihn wieder. In Bogu wurde beim Sklavenkauf als Zeichen des Abschlusses des Vertrages ein Angeld von 300 Kauris an den Verkäufer gezahlt. Der Preis

für ein hübsches Mädchen betrug etwa 100 000 Kauris, sonst weniger. Der Sklave konnte sich nicht wieder freikaufen. Behandelte ihn der Herr schlecht, so pflegte er häufig wegzulaufen. Angekauft wurden die Sklaven meist von den Moschis und Grussis.

In Kantindi und Dapong ist der Häuptling gleichzeitig Fetischpriester. In den übrigen Ortschaften gibt es besondere Priester; die Priesterwürde ist in derselben Familie erblich und geht auf den ältesten Sohn über. Der Hauptfetisch in Kantindi heißt Bora; in Dapong Kurudjoge, in Bogu Jebie. Anrufungsgründe sind die üblichen. Neben dem Häuptling gibt es, abgesehen von dem Sprecher, keine besonderen Aemter. Der Sprecher sitzt bei großen Palavern neben dem Häuptling und verkündet dessen Entscheidung. Bei dem Tode des Häuptlings wird die Neuwahl erst nach drei Monaten vorgenommen; inzwischen ist der Unterhäuptling, der schon bei Lebzeiten des Oberhäuptlings als der Erbe der Unterhäuptlinge galt, Stellvertreter des Oberhäuptlings. Hatten sich die Verwandten über den Kandidaten geeinigt, so gingen die Kantindileute zu dem Pamahäuptling, die Dapongleute zu dem Häuptling von Banschandi in Französisch-Gurma, die Boguleute nach Gambaga, um den Nachfolger zu präsentieren. Erst die Trennung der genannten Ortschaften durch die englischen und französischen Grenzen hat diesen Brauch beseitigt. Nur die Kantindileute präsentieren noch den erwählten Nachfolger dem auf deutschem Gebiet wohnenden Pamahäuptling. Die Häuptlinge, deren Bewilligung früher so für die Häuptlingswahl eingeholt wurde, fragten das mitkommende Volk, ob der Erwählte verspreche, ein guter Häuptling zu sein. Erhob sich Widerspruch, so mußte ein anderer vorgeschlagen werden. Im anderen Falle übergab der Pamahäuptling dem Neuerwählten ein Paar Häuptlingssandalen, der Banschandihäuptling eine weiße Mütze als Zeichen der Häuptlingswürde. Für die Bestätigung der Wahl mußten an den Pamahäuptling gleichzeitig 40 000 Kauris und zwei Kühe gegeben werden. Auch heute

noch liefert der Häuptling von Kantindi etwas an den Pamahäuptling; jährlich eine Kuh oder ein paar Schafe. Der Banschandihäuptling erhielt für den Bestätigungsakt nur drei Hühner, früher aber auch jedes Jahr von dem Daponghäuptling zwei Kühe. Meist wurden bei dem Pamahäuptling schon vor dem offiziellen Bestätigungsakt ein Einverständnis mit der vorgenommenen Wahl herbeigeführt. Die Dapongleute nehmen meistens gleich mehrere Kandidaten mit nach Banschandi, aus denen der dortige Häuptling, falls der zunächst Präsentierte nicht gefiel, den Nachfolger bestimmte. Häufig kam es auch früher zu Streitigkeiten und Krieg um die Häuptlingswürde. Kehrten die bestätigten Häuptlinge in ihr Heimatsdorf zurück, so wurden große Feste gefeiert. Die Boguleute bringen den neuerwählten Häuptling jetzt zu dem Fetisch Mamprug in dem gleichnamigen Dorfe. Der Fetischpriester des Mamprug gibt hier dem neuen Häuptling Fetischwasser zu trinken, das die Wirkung hat, den Häuptling zu töten, wenn er als Häuptling etwas Unrechtes tun würde. Die Häuptlinge sind bei der Auswahl ihrer Frauen an bestimmte Familien nicht gebunden. Sie können nicht abgesetzt werden. Es soll auch niemals vorgekommen sein, daß ein einmal bestätigter Häuptling die Unzufriedenheit seiner Landesgenossen erregt hätte.

Stehende Truppen hat es in keiner der Landschaften gegeben. Im Kriegsfalle trommelt der Häuptling, nachdem er, wie oben geschildert, die Entscheidung der Aeltesten eingeholt hat, den Krieg aus, und alle leisten dem Rufe der Kriegstrommel Folge. Niemand kann jedoch zur Heeresfolge gezwungen werden. Wer aber zurückbleibt, wird verspottet. Die Häuptlinge werden in Kantindi im Häuptlingshof begraben, in Dapong und Bogu auf besonderen Begräbnisplätzen, auf denen die Gräber durch daraufgestülpte große Töpfe kenntlich gemacht sind (vgl. hierüber noch S. 113 die Angaben über die Sitten bei der Beerdigung).

Sämtliche Strafsachen werden zur Station gebracht.

Wenn jemand einen zivilen Anspruch nicht befriedigt, so

wendet sich der Kläger an den Häuptling. Dieser gibt dem Beklagten auf, die Forderung zu bezahlen und bestimmt ihm, wenn er hierzu nicht sofort in der Lage ist, eine Frist. Bestreitet der Beklagte die Schuld und kann der Kläger keine Zeugen für seine Behauptung anführen, so schickt der Häuptling beide Parteien fort, da er alsdann nicht feststellen kann, wer recht hat. Beruft sich aber der Kläger auf Zeugen, so werden diese durch den Häuptling vernommen. Irgendwelche Giftproben oder sonstige Ordale werden in Zivilsachen nicht angewandt. Nur die eigentlichen Mobaleute (mit Moba bezeichnen sich selbst nur die Bogu und die Nanoleute) gebrauchen noch bei Frauenpalavern zur Feststellung, ob sich jemand mit der Frau eines anderen eingelassen hat, eine Kalebassenprobe. In die Kalebasse wird ein Tee von den Früchten des Nanjobaumes (Kapokbaum, Ceiba pentandra) getan. Die Kalebasse wird dem Verdächtigen nur nahe an den Leib gehalten, er wird nicht genötigt, von dem Tee zu trinken; ist er schuldig, so bekommt er trotzdem sofort heftige Bauchschmerzen und fängt an zu schreien. Früher wandten die Moba in Diebstahlssachen auch ein Oelordal an. In einen ganz neuen Topf wurde Schinußöl gegossen und auf das Feuer gesetzt. In das Oel wurden einige Blätter des Naburbaumes gelegt, dann wurde ein Ring in den Topf getan, der Verdächtige mußte sich einen anderen Ring an den Daumen ziehen und jenen Ring aus dem Oel herausholen, die Ringe gegeneinanderschlagen und dabei seine Unschuld beteuern. War er der Dieb, dann brauste das Oel hoch auf, wenn er seine Hand nur dem Oel näherte. War er aber unschuldig, so fühlte sich das Oel ganz kalt an.

Wenn der Schuldner, der seine Schuld anerkannt hat oder verurteilt ist, innerhalb der festgesetzten Frist die Schuld nicht bezahlt, so muß er nun außer der Schuldsumme noch einen Teilbetrag der Forderung (ein Zehntel bis ein Drittel werden angegeben) dazu bezahlen. Für diese erhöhte Summe erhält der Schuldner keine neue Frist, der Häuptling behält ihn in

seiner Wohnung, schickt am Abend, wenn das Vieh des Schuldners in dessen Hof kommt, hin und läßt Vieh im Werte der Forderung pfänden und dem Kläger übergeben. Hat der Schuldner kein Vieh, so behält der Häuptling den Mann so lange bei sich, bis die Verwandten für ihn bezahlen. Auch wenn das ergriffene Vieh den Wertbetrag der Forderung übersteigen sollte, erhält der Gläubiger doch die sämtlichen gefangenen Tiere an Zahlungsstatt. Ein Verkauf derselben findet nicht statt. Der Häuptling hat an sich keinen Anspruch auf Gerichtskosten. Es ist aber üblich, daß der Kläger von der erstrittenen Summe einen Teil an den Häuptling zahlt. Der Beklagte bezahlt nichts. Die Palaver werden an sich durch den Häuptling unter Hinzuziehung der Aeltesten entschieden. Der Häuptling fragt die Aeltesten um ihre Ansicht. Vielfach schließen sich diese ohne weiteres der Ansicht des Häuptlings aus Angst vor ihm an. Der Häuptling entscheidet aber stets allein, eine Abstimmung findet nicht statt. Auch gibt es kein besonderes Richterkollegium, das sich wie bei anderen Stämmen zur Beratung zurückzieht. Bestimmte Gerichtstage gibt es nicht. Was der Kläger an den Häuptling an Gerichtskosten zahlt, wird geteilt, die Hälfte erhält der Häuptling, die andere Hälfte die Aeltesten. Fürsprecher oder Verteidiger sind nicht zugelassen, nur wenn jemand krank ist, kann er sich in kleinen Palavern durch seinen Sohn vertreten lassen, in großen Palavern muß aber gewartet werden, bis er selbst wieder erscheinen kann. Hat der Schuldner selbst kein Geld oder Vieh und können auch die Verwandten nicht für ihn bezahlen, so kann der Kläger, falls in der Familie des Beklagten eine unverheiratete Tochter ist, diese als Frau für sich verlangen. Der Schuldner selbst ist früher und auch jetzt niemals zur Deckung der Schuldsumme verkauft worden. Auch eine Pfandhaft, bei der der Schuldner den Schuldenbetrag abarbeiten muß, ist unbekannt. Für Schulden des Sklaven muß der Herr einstehen.

In Strafsachen galten früher folgende Grundsätze:

Wenn jemand einen anderen getötet hatte, so mußte die Familie des Mörders an die Familie des Ermordeten ein Mädchen geben, das der älteste erwachsene Sohn und in Ermanglung eines solchen der älteste Bruder des Getöteten als Frau zu sich nimmt. „Das erste Kind, das diese Frau ihrem Manne schenkt, ist dann der Getötete.“ Irgendeine Blutrache fand nicht statt. Auch eine andere Bestrafung des Mörders trat nicht ein. Wenn jemand gestohlen hatte, so wurde er ergriffen und geschlagen, bis er halb tot war; getötet wurde er nicht. Bei Sachbeschädigung bestand nur eine Schadensersatzpflicht, eine Bestrafung trat nicht ein. Wer einen anderen körperlich verletzt hatte, wurde vom Häuptling gebunden und auf Geheiß des Häuptlings durch zwei junge Leute geschlagen; wer sich mit Gewalt an der Frau eines anderen vergriffen hatte, wurde auf Befehl des Häuptlings verhauen, wenn nicht der Mann der Frau dies schon allein besorgt hatte. War aber die Frau mit dem Vollzug des Beischlafs einverstanden gewesen, so erfolgte keine Bestrafung des Ehebrechers. Der Ehemann mied nur in Zukunft dessen Haus. Wenn der Sklave einen anderen Mann getötet hatte, so wurde der Sklave auch getötet. Der Herr des Sklaven gab ihn an die Familie des Ermordeten und diese tötete ihn dann. Auch wenn der Sklave stahl, hatte sein Herr Schadensersatz zu leisten. War die Forderung zu hoch, so übergab der Herr dem Bestohlenen den Sklaven an Zahlungsstatt und wurde dadurch von seiner Zahlungsverpflichtung frei.

Wenn ein Pferd das Pferd eines anderen Mannes schlägt, so daß dieses eingeht, beschimpft der Herr des gefallenen Pferdes den Eigentümer des schlagenden Pferdes, eine Schadensersatzpflicht besteht nicht. Ebenso besteht keine Schadensersatzpflicht, wenn Vieh in die Farm eines anderen übertritt, nur wird der Junge, der für das Vieh aufpassen sollte, geschlagen.

In allen Landschaften werden die Mädchen schon Männern versprochen, bevor sie noch geboren sind. Schon vor

der Geburt des Kindes suchen die Bewerber den künftigen Vater zu bestimmen, ihnen das eventuell zu erwartende Mädchen für ihre Söhne als Frau zuzusichern. Ist das Kind später ein Mädchen, so gilt es als die Verlobte des jungen Mannes, wird es ein Junge, so ist dieser dessen Freund. Schon bei dieser Besprechung überbringt der Freiwerber der künftigen Mutter und ihrem Manne Essen. Nach der Geburt überbringt der Vater des eigentlichen Bewerbers, vorausgesetzt, daß das Kind ein Mädchen ist, der Mutter Essen, Feuerholz und Perlhühner. Ist es ein Junge geworden, nur etwas Essen und Feuerholz. Sobald das Mädchen erwachsen ist, schenkt der Bräutigam der Mutter zehn Hühner, sechs Perlhühner, viele Töpfe Bier und Essen. Das Bier wird gemeinsam ausgetrunken. Durch diese Geschenke wird ein rechtlicher Anspruch auf Uebergabe des Mädchens erworben, der auch beim Häuptling angebracht werden kann. Sonstige Geschenke oder Zahlungen finden nicht statt, auch besondere Zeremonien fehlen. — Tücher tragen die Frauen nicht. Sie tragen lediglich eine Schnur um die Hüften, an der sie einige Blätter, die sie täglich erneuern, befestigen.

Die Zahl der Frauen richtet sich nach dem Reichtum des Mannes. Der Häuptling hat vielleicht zehn bis zwanzig Frauen, andere Männer haben nur eine, viele gar keine. Der Mann ist berechtigt, die Frau fortzujagen. Unfruchtbarkeit ist kein Scheidungsgrund. Verläßt die Frau aus eigenem Antriebe den Mann, so sucht dieser durch Vermittlung von ihren Eltern, sie zur Rückkehr zu bewegen. Die Kinder bleiben stets bei dem Vater, eventuell bleiben sie bei der Mutter, bis sie von dieser entwöhnt sind, müssen aber alsdann an den Vater zurückgegeben werden. Wenn die Frau den Mann verläßt, so erhält dieser die der Frau gegebenen Geschenke zurück, ihre eigenen Sachen kann die Frau behalten. Die zuerst genommene Frau ist die Hauptfrau; an sie gibt der Mann die Geschenke für sämtliche Frauen zur Verteilung. Ihr gibt der Mann seine Befehle für die Reinigung oder Instandsetzung des Hauses,

und sie überträgt dann die diesbezüglichen Arbeiten auf die anderen Frauen. An der Farmbestellung beteiligen sich die Frauen nicht. Jede Frau hat ihr Haus für sich. Die Mädchen haben, sobald sie geschlechtsreif geworden sind, einen „Freund", mit dem sie auch geschlechtlich verkehren. Es ist dies in der Regel nicht der zukünftige Ehemann. Der Verkehr mit diesem Freunde dauert verschieden lange, manchmal einige Monate, manchmal ein Jahr. Jedes Mädchen hat aber nur einen derartigen Freund, hat sie mehrere, so gilt sie als schlecht. — Wird das Mädchen schwanger — auf ihren Wert als Frau ist dies ohne Bedeutung — so geht sie zu dem ihr versprochenen Manne, nunmehr als dessen Frau. Das Kind gehört diesem. Abtreibung kommt infolgedessen so gut wie gar nicht vor.

Die Geburt eines Kindes wird nicht besonders gefeiert, nur bringen die Verwandten der Mutter Essen. Die Kinder erhalten andere Namen als die Vorfahren. „Würden sie dieselben Namen erhalten, würden sie sterben." Die Namen sind den besonderen Verhältnissen oder Ereignissen bei der Geburt entnommen. So heißt der eine „Jamma", weil er an dem Tage des Jamma(Krubi-)festes geboren ist, Ojintendu heißt zu deutsch: Gott hat mich schlecht gemacht (die sämtlichen Geschwister waren vorher gestorben), Ojennamma, zu deutsch: Gott ist gut (weil der Vater viele Reichtümer erworben hatte, während der Großvater noch nichts besaß), Tingedanne, zu deutsch: das Land ist unser (er ist der Sohn des Häuptlings von Dapong), Najinni, zu deutsch: das starke Kuhgehörn, d. h. der Mann, der andere überwältigen kann, Sebesieka: jetzt komme ich auch zwischen meine Freunde (der Vater hatte lange Zeit keine Kinder gehabt, endlich wurde ihm ein Kind geboren und er galt nun auch als vollwertig unter seinen Freunden). — Eine Beschneidung findet bei einzelnen Stämmen statt, bei anderen nicht: Die Kantindileute beschneiden Knaben und Mädchen. Die Boguleute haben die Beschneidung überhaupt nicht, bei den Dapongleuten wird sie nicht streng durchgeführt. Die Beschneidung nimmt bei den Mädchen eine alte Frau, bei den

Knaben ein alter Mann vor. Ein bestimmtes Alter ist für Vornahme des Aktes nicht vorgeschrieben. Festlichkeiten finden deshalb ebenfalls nicht statt. Mißgeburten werden nicht getötet.

Die Toten werden auf einem gemeinsamen großen Begräbnisplatz in der Nähe des Dorfes begraben, Männer und Weiber auf derselben Stelle. Die Gräber der Weiber werden in Moba und Dapong durch einen großen Topf, die der Männer durch einen kleinen Kochtopf bezeichnet. In Kantindi werden keine Töpfe auf die Gräber gestellt. Die ersteren erklären die Sitte, Töpfe auf die Gräber zu stellen, damit, daß in Timpigi oder Timpiri, einem Ort, wo die guten Toten leben, keine Töpfe vorhanden sind, und auch dort Wasser geholt bzw. gekocht werden muß; weil die Toten in Timpiri weiter leben, so geben ihnen die Angehörigen bei jeder Ernte etwas von den Erträgen ab, das sie auf die Begräbnisstelle legen.

War jemand in der Welt kein guter Mann, so kommt er nach Bimbigu, wo er stets von Gott (Jonnu) häufig geschlagen wird und kein Essen erhält. — Die Kantindileute glauben angeblich nicht an ein Fortleben nach dem Tode. — Für die Art der Beerdigung ist es gleichgültig, ob jemand Schulden hat oder nicht, nur die Mörder werden an einer anderen Stelle im Busch begraben. Regelmäßig finden Totenfeiern statt.

Nach den Angaben der Leute glauben sie nicht an Hexen. Eine Barprobe oder Leichenprobe findet gleichfalls nicht statt (nach Hauptmann Mellin soll sich allerdings an einzelnen Orten ein Hexenglaube finden). Stirbt jemand, so wird nur der Fetisch befragt, ob der Fetisch oder der Großvater des Verstorbenen diesen getötet hat. Der Fetischpriester fordert darauf die Verwandten des Toten auf, Ziegen und Hühner zu ihm zu bringen, er werde sie dem Großvater geben und ihn bitten, daß er nicht noch weitere Mitglieder der Verwandten töte.

Den Nachlaß erhält der älteste der jüngeren Brüder des Verstorbenen. Hatte er schon selbst einen Hof, so verläßt er

diesen und zieht in den Hof des verstorbenen Bruders zu dessen Kindern. Hat der Verstorbene keine Brüder, so sind die Söhne Erben, und falls diese noch zu klein sind, erhält einer der Verwandten den Nachlaß, bis sie herangewachsen sind. Stammen die Söhne von derselben Mutter, so erhält nur der älteste den Nachlaß; stammen sie jedoch von verschiedenen Müttern, so wird der Nachlaß unter sie nach Kopfteilen verteilt. Die Töchter erhalten nur einige Geschenke seitens der Brüder, die Frauen erben nicht. Die Frauen können aber auch nicht gezwungen werden, den jüngeren Bruder oder sonst ein Mitglied der Verwandtschaft zu heiraten. Der älteste Sohn erhält stets die Hemden, das Pferd, die Lanze und das Gewehr als Voraus. Die Erben haben die Schulden des Erblassers zu bezahlen, auch wenn diese den Wert der Erbschaft übersteigen. Eine Aenderung dieser Erbfolgeordnung durch letztwillige Verfügung ist unzulässig, ein derartiger Versuch würde zu Palavern führen.

Sämtliche Stämme verfügen noch über viel Land, das noch nicht in Kultur genommen ist. Die Ländereien der einzelnen Ortschaften sind abgegrenzt. Jedenfalls wissen die Leute, wie weit das zu einer Dorfschaft gehörige Land reicht. Es können aber auch Leute aus anderen Landschaften ohne weiteres Farmen anlegen, ohne daß es einer besonderen Erlaubnis des Häuptlings oder der Aeltesten hierzu bedarf. Dasselbe Stück Farmland wird meist nur zwei Jahre hintereinander bestellt. Wer an einer schon einmal in Kultur genommenen Stelle eine Farm anlegen will, hat denjenigen, der zuerst den Platz vom Busch gereinigt hat, zu fragen, ob er das alte Farmland noch benutzen will. Erst wenn dieser es ablehnt, kann er dort Farm machen. Auch das schon einmal bestellte Land wird wieder herrenlos, sobald Busch darauf gewachsen ist. Angebaut wird Guineakorn und Jams in verschiedenen Sorten, Reis, Bohnen, etwas Mais, wenig Baumwolle und viel Tabak. Baumwolle bauen die Leute angeblich deshalb nur wenig, da ihre Frauen nur Blätter und keine Tücher tragen. Die Farmen

sind untereinander durch in Reihen gepflanzte Ndusträucher getrennt. Jeder erwachsene Mann legt für sich eine Farm an. Die Söhne helfen dem Vater, bis sie selbst einen eigenen Hausstand gründen. Nur die Männer arbeiten auf der Farm. Das Farmland wird nur mit der kurzen Hacke bestellt. Grenzen zwei Farmen aneinander, deren Eigentümer sich nicht vertragen können, so wechselt meist bald der eine den Farmplatz. Palaver wird gewöhnlich nicht darum gemacht. Da noch viel unbebautes Land vorhanden ist, so findet auch ein Verkauf des Farmlandes nicht statt. Als wertvolle Fruchtbäume kommen nur Schi- und Daua-Dauabäume in Frage. Diese gehören dem, dem das Farmland gehört. Wächst auf diesem wieder viel Busch, so gehören ihm auch die Fruchtbäume nicht mehr. Diejenigen Bäume, die nicht auf dem Farmlande stehen, können von jedem benutzt werden. Pachtverträge sind unbekannt.

Auch ein Verkauf von Häusern kommt nicht vor. Wenn jemand für sich ein Haus benötigt, ruft er seine Freunde zusammen, bewirtet sie reichlich mit Bier und Essen und sie bauen gemeinsam das Haus. Man wechselt die Hofstelle, wenn auf der alten Stelle viele Familienmitglieder starben. Mit dieser Aufgabe verliert der bisherige Eigentümer sein Recht an der alten Stelle. Jeder bewohnt gemeinschaftlich mit seinen Frauen und Kindern einen Hof. So große Familienhöfe wie in Mangu gibt es jedoch nicht.

Der Finder einer verlorenen Sache gilt als Dieb, wenn er trotz erfolgter öffentlicher Aufforderung den Gegenstand nicht zurückbringt. Bringt er ihn aber zurück, so übergibt ihm meist der Eigentümer einen Finderlohn.

Hauptbeschäftigung ist der Farmbau, daneben die Jagd. Das Vieh besorgen die Fullanis. Händler gibt es nicht unter den Moba selbst. Der geringe Handel liegt in den Händen der Haussa und Mangu. Als selbständigen Erwerb gibt es nur das Schmiedehandwerk. Die Schmiede fertigen Ringe und Hacken. Speere werden von den Gurma gekauft. An ein-

zelnen Orten finden sich auch schon Leute, die in Lederarbeiten und Stuhlschnitzereien besonders geschickt sind. Im übrigen kann jeder noch selbst sein Haus bauen und die notwendige Kleidung anfertigen. Wenn ein Fremder in ein Dorf kommt, so pflegt er zunächst dem Häuptling etwas Salz oder ein kleines Tuch zu schenken und erhält dafür Verpflegung, andere Abgaben hat er nicht zu zahlen. Wenn ein Fremder im Dorfe stirbt, so muß der Häuptling ein Jahr warten, ob sich nicht Verwandte melden. Nach Ablauf des Jahres erhält der Häuptling, dem der Gastfreund des Verstorbenen die Sachen abzuliefern hatte, dessen Hinterlassenschaft.

Zahlungsmittel sind hauptsächlich Kauris. Vereinzelt auch schon Geld. Die bare Münze ist aber noch keineswegs überall bekannt. 2000 Kauris gelten eine Mark. Im allgemeinen werden Kauris noch lieber wie Geld genommen. In sämtlichen Mobaortschaften finden keine eigentlichen Märkte statt. Nur wird an jedem dritten Tage in den Häuptlingsdörfern ein Biermarkt abgehalten, auf dem noch Jams und andere Eßwaren gehandelt werden. In Dapong ist sogar an jedem Tage schon solcher Lebensmittelmarkt, ebenso ist in Bogu seit etwa vier Jahren an jedem Tage ein größerer Markt.

Die Leute verkaufen ihr Rindvieh nicht gern, nur wenn jemand absolut Kauris nötig hat, verkauft er eine Kuh. Eine große Kuh kostet etwa 50 Mark. Auch geschlachtet werden die Kühe selten. Ziegen und Schafe werden für den eigenen Bedarf nur selten geschlachtet, dagegen häufig verkauft. Pferde sind häufig Gegenstand eines Kaufvertrages. Der Preis wird aber nicht in Kauris, sondern in Kühen gezahlt. Ein Pferd kostet etwa zwei bis drei Kühe. Soll ein Pferd verkauft werden und haben sich die Parteien über den Preis geeinigt, so hat der Käufer, wenn eine Stute Gegenstand des Kaufvertrages war, 800 Kauris, und wenn es sich um einen Hengst handelte, 650 Kauris an den Verkäufer zu zahlen, die regelmäßig der Pferdejunge gewissermaßen als Stallgeld erhält. Die den Preis bildenden Kühe werden entweder sofort oder doch so-

bald als möglich übergeben. Bei einzelnen Stämmen wird der Preis für ein Pferd zwar in Kauris festgesetzt, nachher aber entsprechend in Kühen bezahlt. Beim Verkauf von Pferden und Kühen hat jede Partei stets einen Zeugen hinzuzurufen. Nach Bezahlung des Stallgeldes, das bei Kühen 300 Kauris beträgt, ist eine Wandlung des Kaufvertrages oder eine Minderung des Kaufpreises an sich ausgeschlossen. Wohl aber kommt es häufig vor, daß die Parteien, wenn später Mängel sich zeigen, sich gütlich oder durch Vermittlung des Häuptlings auf einen niedrigeren Preis einigen.

Darlehensverträge kommen angeblich nicht vor. Die Leute erklären: „Wir haben kein Geld, das wir verleihen können.“ Auch Dienstverträge sind ungebräuchlich, eventuell hilft man sich gegenseitig. So beim Häuserbau und bei der Farmbestellung. Die Pflege und Hütung des Viehs besorgen, wie bereits erwähnt, im ganzen Lande die Fullani. Diese erhalten dafür die Milch, verkaufen eventuell die Butter davon und erhalten außerdem zuweilen noch kleine Geschenke seitens der Herren. Ein Fullani kann vielleicht für zwanzig Besitzer die Kühe besorgen. Wirft eine Kuh ein Kalb, so muß er es dem Herrn melden. Die Fullani stehen in einem freien Arbeitsverhältnis und sind keine Sklaven. Ihrer Religion nach sind sie sämtlich Mohammedaner.

Bürgschaftsverträge finden sich beim Verkauf von Tieren, wenn der Käufer dem Verkäufer nicht bekannt ist. Auch Sicherheitsleistungen durch Uebergabe von Kostbarkeiten finden sich bei den Kantindi, in den übrigen Landschaften sind sie unbekannt.

VII. Die Dagomba[3]).

Auskunft erteilten: Häuptling Alassan von Jendi mit großem Gefolge, aus dem besonders der Bolana Muhamma, der

---

[3]) Die Dagomba brachten meinen Fragen offensichtliches Mißtrauen entgegen, verwickelten sich wiederholt in Widersprüche und hielten scheinbar mit der Wahrheit zurück. Trotz des relativ hohen Kultur-

Kucha Alidu, der Serkpessi Mussa, der Upomna Salufu und der Sampana Mussa hervorragten.

Nach Angaben des Häuptlings unterstanden ihm früher die Landschaftshäuptlinge von Samsugu, Napari, Sunsongu, Gussiogu und Miogu. Jetzt sind die sämtlichen Landschaften selbständig. Jeder dieser Landschaftshäuptlinge hat eine große Anzahl von Großen unter sich, nur der Oberhäuptling von Miogu hat keinen Unterhäuptling mehr, da diese alle nach englischem Gebiet abgewandert sind. Sämtliche Häuptlinge, auch die Unterhäuptlinge, entstammen der Dagbam- (auf Haussa Dogum-) Familie, die aus Melle, einem Orte hinter Gurama, in die jetzigen Dagombagebiete eingewandert sind. Schriftliche Aufzeichnungen über die Geschichte bestehen nicht. Seitdem die Dagomba in Jendi sitzen, hat es, Alassan mit eingeschlossen, 42 Oberhäuptlinge gegeben. Jedenfalls haben die Dagomba ihre jetzigen Sitze in Jendi innegehabt, als die Tschokossi nach dem jetzigen Sansane Mangu zogen. Früher brachten die Häuptlinge von Samsugu, Napali, Gussiogu, Karga Kummungu, Nantam, Ntolum, Lubunga, Bulum, Wogu, Diare, Singa, Sanargu, Sogo, Banfum, Tampinu, Ndalum, Tidjo, die bei Aufteilung der neutralen fast sämtlich englisch wurden, und noch eine ganze Anzahl von anderen Häuptlingen in dem April jeden Jahres 50 Mark und eine Kuh zum Oberhäuptling von Jendi, der dadurch einer der reichsten und mächtigsten Oberhäuptlinge des Hinterlandes war.

Die Mitglieder der Dagbomfamilie werden durch Kniebeugen und Händeklatschen seitens der übrigen Dagomba begrüßt.

Für den Ehebruch mit einer Dagbomfrau muß eine Buße von 200 Mark, für den Ehebruch mit einer gewöhnlichen Dagomfrau nur eine Buße von 60 Mark gezahlt werden.

---

standes der Dagomba sind daher meine Ergebnisse nur wenig befriedigend. Ich konnte aber meinen Aufenthalt in Jendi mit Rücksicht auf die mir zur Verfügung stehende kurze Frist nicht verlängern.

Wer einen Dagbom blutig schlägt, muß 60 Mark Strafe zahlen, während er sonst nur 21 Mark zu zahlen hat. Früher soll sogar jedes Mitglied der Dagbomfamilie gewisse Gerichtsbarkeit besessen haben. Die Mehrzahl dieser Vorrechte ist mit der Niederwerfung der Dagombaherrschaft beseitigt. Abgaben werden nicht mehr an den Oberhäuptling gezahlt. Er bezieht jedoch noch seitens der deutschen Verwaltung eine Rente. Nur die Einwohner desselben Dorfes, in dem der Oberhäuptling wohnt, liefern von den Erträgen der Farm jedes Jahr ein Bündel Gunineakorn und etwas Jams ab.

An dem Hof des Oberhäuptlings von Jendi bestanden früher folgende Aemter:

1. Der Serkin Sochna, der Obereunuch, der die Stelle des sonst üblichen Galadima vertrat, und die Oberaufsicht über die sämtlichen vielen Frauen führte. Der Häuptling hatte früher wohl gegen hundert Frauen und mehr, auch der jetzige Häuptling hat vierundsechzig Frauen. Es gab am Hofe von Jendi elf Eunuchen, die jeder einen besonderen Titel führten. Von diesen hatten vier die Aufgabe, beim Tode eines Verwandten des Häuptlings das Totenfest zu veranstalten. Die übrigen sieben begleiteten die Frauen des Häuptlings, sobald sie den Häuptlingshof verließen, und überwachten sie.

2. Der Serkin Kucha, unter dessen Leitung die vier erwähnten Eunuchen die Totenfeste zu veranstalten hatten. Er nahm die Geschenke an, die die Verwandten beim Tode eines Mitgliedes der Häuptlingsfamilie dem Häuptling, der allgemeinen Sitte folgend, zu geben pflegten.

3. Der Serkin Sikarga, der offizielle Bote und das Vollzugsorgan des Häuptlings. Hatte jemand eine Verfehlung begangen, die durch körperliche Schädigungen geahndet wurde, so schickt der Häuptling ihn mit einigen jungen Leuten, um den Täter prügeln zu lassen.

4. Der Serkin Wurpumu. Er sitzt, wenn die Frauen des Häuptlings zu dem alle sechs Tage stattfindenden Markte gehen, am Hoftor, und kontrolliert, daß sie sämtlich wieder zurück-

kommen. Für diese Tätigkeit erhielt er regelmäßig 400 Kauris als Geschenk.

5. Der Serkin Tobma, der Hauptheerführer, der in seiner Eigenschaft als oberster Reiterführer auch den Titel Ulana führt.

6. Der Serkin Gulana, der die Farmbestellung und die Zubereitung des Essens beaufsichtigt.

7. und 8. Die Serkin Pagu und Male, die Gewandträger des Häuptlings, die zu beiden Seiten des Häuptlings dessen weites Gewand tragen.

9. Der Serkin Bugpulana, der Bote des Häuptlings, bei Ladung von Personen innerhalb der Stadt selbst.

10. Der Serkin Bomana, der Bote des Häuptlings, wenn Leute von weit her herangerufen werden müssen.

Außerdem soll es noch eine große Anzahl von besonderen Aemtern gegeben haben, die jedoch inzwischen ihre frühere Bedeutung verloren haben.

In Jendi gibt es nach Angabe der Eingeborenen noch nicht sehr viele Mohammedaner. Nach Hauptmann Mellin sollen allerdings doch schon eine ganze Anzahl dem Islam angehören. Die Gewährsleute erklärten, viele Leute beteten schon ebenso wie die Malam, wären aber noch keine eigentlichen Mohammedaner.

Der Fetisch Burkum in Siarre ist bekannt, er soll jedoch nicht seitens der Jendileute aufgesucht werden. In Jendi selbst glauben die Nichtmohammedaner an die Fetische Babuku, Bala, Sampeigu und Jenjabo. Sie werden gleichmäßig angerufen, wenn jemand dauernd krank ist oder eine Frau keine Kinder bekommt, oder der Regen ausbleibt. Man mißt ihnen nur verschiedene Macht bei. Die einen halten diesen, die anderen jenen für „besser“. Die Fetische haben Fetischpriester. Stirbt der Fetischpriester, so fragt man den Fetisch durch den ältesten Verwandten des Verstorbenen, wer der Nachfolger werden soll und der Fetisch gibt dann kund, ob dies ein Sohn oder ein Bruder des Verstorbenen sein soll.

Die Sklaven wurden früher im Kriege oder durch Handelsgeschäfte erworben. Sie hatten für den Herrn zu arbeiten, sei es, daß sie für ihn die Farm bestellten oder Trägerdienste leisteten. Wenn ein Sklave gut arbeitete, pflegte ihm der Herr ein kleines Stück Farmland zur eigenen Bewirtschaftung zu geben. Hatte er aus dessen Erträgnissen genügend verdient, so konnte er sich selbst freikaufen und entweder in die Heimat zurückkehren oder auch im Dorf selbst wohnen bleiben. Früher zu Großvaterszeiten kostete ein Sklave etwa 32 000 Kauris = 16 Mark, in der letzten Zeit, bevor der Weiße kam, kostete ein Sklave schon 150 000—200 000 Kauris = 75—100 Mark. Ein Sklave konnte sich selbst wieder einen Sklaven kaufen[4]), der dann einen Teil der dem alten Sklaven aufgetragenen Arbeiten zu erledigen hatte. Der neue Sklave gehörte aber auch dem Herrn und hatte diesem zu gehorchen. Der Sklave konnte ein freies Mädchen heiraten; das Mädchen und ihre Kinder wurden nicht Sklaven, sie wurden Halbfreie „Ulefu“. Auch diese hatten für den Herrn zu arbeiten, er konnte sie aber nicht verkaufen und hatte sie auch besser zu behandeln als die wirklichen Sklaven. Wenn ein freier Mann ein Sklavenmädchen heiratet, so bleibt das Mädchen zwar Sklavin, die Kinder sind aber frei. Es werden z. B. für sie dieselben Totenfeiern veranstaltet, wie für einen Freien, während sie für Sklaven und für die Halbfreien nur in geringem Umfange veranstaltet werden.

Ueber die Ausübung der Gerichtsbarkeit verwickelten sich die Gewährsmänner wiederholt in erhebliche Widersprüche. Schließlich erklärten sie, daß der Häuptling zwar früher sämtliche Palaver entschieden habe, jetzt aber eine monatliche Rente von 60 Mark seitens der Bezirksleitung bezöge und deshalb keine Strafgerichtsbarkeit mehr ausübe. Nach Hauptmann Mellin dagegen ist der Häuptling zuständig für sämtliche Zivilsachen und für Strafsachen, wenn auf eine Strafe bis zu

---

[4]) [Also servus vicarius. — Kohler.]

20 Mark erkannt werden kann. Wenn früher jemand seine Schuld nicht bezahlen wollte, so wandte der Gläubiger sich an den Häuptling. Dieser befahl dem Schuldner, sofern er die Schuld anerkannte, den Betrag zu bezahlen, und zwar mußte das, wenn er dazu imstande war, prinzipiell sofort geschehen; außerdem war noch ein bestimmter Betrag an den Häuptling zu geben. Hatte der Schuldner kein Geld, so veranlaßte ihn der Häuptling, einen seiner Verwandten bis zur Bezahlung der Forderung dem Kläger als Pfand zu geben. Weigerte sich aber der Beklagte nur böswillig, obwohl er über ausreichendes Vermögen verfügte, so ließ der Häuptling eines seiner Kinder fangen, behielt dies so lange bei sich, bis der Schuldner bezahlte. An sich war der Schuldner berechtigt, seinen jüngeren Bruder, die eigenen Kinder und die Kinder seiner Schwester als Pfand zu geben. Bestritt der Beklagte die Schuld, so wurden die Zeugen vernommen. Waren keine Zeugen vorhanden, so mußte er, wenn er ein Malam war, auf den Koran schwören, und wenn er nicht dem Islam angehörte, das Fetischwasser des Fetisches Bloku trinken. In letzterem Falle starb er, wenn er die Unwahrheit gesagt hatte.

Bestimmte Gerichtstage fanden nicht statt. Sie wurden angesetzt, sobald das Bedürfnis vorhanden war; an ihnen nahmen die sämtlichen Aeltesten teil, insonderheit diejenigen, die ein Amt innehatten. Von der bestrittenen Summe hatte der Kläger einen Teilbetrag an den Häuptling zu geben. Der Beklagte hatte nur an den Häuptling zu zahlen, wenn er zunächst gelogen und dies vom Häuptling festgestellt war. Die Entscheidung wurde durch den Serkin Dambelle oder dessen Vertreter Kunkumma verkündet. Die Festnahme des Schuldners, um die Verwandten zur Zahlung zu veranlassen, ist nicht mehr gebräuchlich. Angeblich werden jetzt auch keine Gerichtskosten mehr erhoben. Im wesentlichen gehören jetzt noch zur Strafgerichtsbarkeit des Häuptlings Beleidigung, leichte Körperverletzung und Weiberpalaver. Früher wurde die Beleidigung mit Geldstrafe geahndet, und zwar, wenn ein Mit-

glied der Häuptlingsfamilie beleidigt war, war die Geldstrafe höher. Jetzt werden Beleidigungen regelmäßig gütlich beigelegt, eine Bestrafung erfolgt angeblich nicht mehr. Leichte Körperverletzungen werden, soweit sie nicht auf gütlichem Wege durch den Häuptling beigelegt sind, vor die Station gebracht. Diese Sachen haben mehr den Charakter eines Zivilanspruches, so daß tatsächlich nach Mitteilungen der Leute eine Strafgerichtsbarkeit durch den Häuptling nicht mehr ausgeübt wird. Allem Anschein nach halten die Gewährsmänner hinsichtlich ihrer Mitteilung über die Ausübung der Gerichtsbarkeit mit der Wahrheit zurück. Es ist dies bei dem Mißtrauen, das die Jendileute nach Vernichtung der einstigen Herrlichkeit des Dagombareiches der deutschen Verwaltung noch immer entgegenbringen, nur ganz erklärlich. Nach Hauptmann Mellin war das Strafrecht der Dagomba außerordentlich grausam. Der Oberhäuptling hatte früher absolutes Recht, über Leben und Tod seiner Untertanen zu entscheiden, und ließ vielfach unliebsame Personen einfach töten.

Der Heirat geht gewöhnlich eine Verlobung voraus. Diese wird abgeschlossen, wenn die Mädchen etwa fünf Jahre alt sind. Der Bewerber wendet sich an den Vater, der ihm meist zunächst antwortet, er wolle sich die Entscheidung überlegen und sich dann erst über den künftigen Schwiegersohn erkundigt. Von dem Ausfall seiner Erkundigungen ist seine Entscheidung abhängig. Bei seiner Werbung hat der Mann dem Vater Kauris und Kolanüsse zu schenken. Erklärt sich der Vater des Mädchens mit der Verlobung einverstanden, so hat der Bräutigam ihm jedes Jahr beim Remmadenfest Fleisch und Jams zu schicken, bis das Mädchen erwachsen ist. Es kommt aber auch vor, daß Mädchen zwanzig Jahre und sogar älter werden, ohne daß sie verlobt sind. Dann gibt der Vater sie häufig selbst irgendeinem jungen Manne als Frau, weil er fürchtet, das Mädchen könne selbst irgendeine Verbindung gegen seinen Willen eingehen (als Grund dafür, daß ein Mädchen für afrikanische Verhältnisse so außerordentlich alt wird,

ohne sich zu verheiraten, wird angegeben, daß sie dann entweder sehr häßlich ist, oder aber sehr hübsch und dann infolgedessen und auf Grund der vielen Anträge eingebildet und frech ist). Sobald das Mädchen erwachsen ist, nimmt es der Bräutigam als Frau zu sich, ohne noch besondere Geschenke zu machen. Die Ausstattung hat der Vater des Mädchens aus seinem eigenen Gelde zu bezahlen. Besondere Hochzeitsfeierlichkeiten finden unter den eigentlichen Dagomba nicht statt. Der Mann ist berechtigt, die Frau zu ihrem Vater zurückzuschicken, wenn sie stiehlt oder sich mit anderen Männern einläßt. Ebenso hat die Frau das Recht, den Mann zu verlassen, wenn dieser sie schlägt oder er sonst sie nicht mehr mag. Der Mann ist in diesem Falle berechtigt, die Geschenke aus der letzten Zeit, die noch anderweit verwendbar sind, zurückzuverlangen. Früher geschenkte, schon abgebrauchte Gegenstände, kann er jedoch nicht zurückfordern. Geht die Frau zu einem anderen Manne, so kann der Ehemann von ihr den Ersatz seiner Aufwendungen fordern.

Die Geburt eines Kindes zeigt eine alte Frau durch lautes Flöten vor der Hütte der Mutter an. Alle Verwandten kommen zusammen und bringen Geschenke, Essen und dergleichen. Wird dem Häuptling ein Sohn geboren, so wird ein Gewehr einmal abgeschossen, damit das Volk von dem frohen Ereignis in Kenntnis gesetzt wird. Die Frau des Häuptlings gebiert an sich im Häuptlingshof, nach der Geburt schickt der Häuptling sie mit dem kleinen Kinde nach einem Farmdorfe.

Der Häuptling wird im Hause selbst, die übrigen Hofeigentümer in ihrem Hofe begraben. Sonstige Erwachsene werden im Vorraum des Hofes, kleine Kinder außerhalb desselben beerdigt.

Beim Tode des Familienvaters ist dessen Bruder gesetzlicher Erbe und haftet demgemäß auch in erster Linie für die Schulden des Verstorbenen. Er zieht in den Hof des verstorbenen älteren Bruders und gibt seinen eigenen Hof an die Kinder des Toten, denen er außerdem noch kleine Geschenke

aus dem Nachlaß überweist. Sind keine Brüder vorhanden, so erben die Kinder. Letztwillige Verfügungen gibt es. Die Verwandten werden zusammengerufen und ihnen wird der letzte Wille kundgetan. Eine bestimmte Anzahl von Zeugen wird nicht verlangt. Beim Tode des Häuptlings wird, wenn der älteste Sohn schon erwachsen ist, dieser Häuptling, im anderen Falle der jüngere Bruder, der dann aber bis zu seinem Lebensende Häuptling bleibt. Erst nach seinem Tode wird dann der Sohn des früheren Häuptlings Inhaber der Häuptlingsschaft. Eine regelmäßige Thronfolgeordnung scheint jedoch nicht zu bestehen. Es treten meist verschiedene Thronprätendenten auf. Macht und Einfluß entschieden früher dann, wer wirklich der Nachfolger wurde.

Der Grund und Boden der Stadt Jendi selbst und in der nächsten Umgebung gehört angeblich dem Oberhäuptling. Als Zeichen seines Eigentums erhält er von sämtlichen Farmbesitzern jährlich Abgaben in Jams, Guineakorn und Erdnüssen. Für die jeweiligen Inhaber der einzelnen Grundstücke besteht nur eine Art Erbpachtverhältnis. Im übrigen kann jeder unbebautes Land für sich in Kultur nehmen, auch wenn er nicht demselben Stamm angehört. Jedoch hat er von der Absicht sich niederzulassen, zunächst dem Häuptling Mitteilung zu machen. Für die Einheimischen selbst ist eine besondere Erlaubnis des Häuptlings nicht erforderlich. Das wieder aufgegebene Farmland wird wieder herrenlos. In der Nähe der Stadt Jendi selbst bestehen schon ganz allgemein bestimmte feste Rechtsverhältnisse an den einzelnen Grundstücken. Diese sind durch kleine Wege voneinander abgegrenzt. Ein Verkauf von Grundstücken kommt nicht vor, dagegen findet sich die Ueberlassung von Land zu Farmzwecken innerhalb desselben Dorfes, ohne daß dafür ein besonderes Entgelt entrichtet würde. Im allgemeinen bebaut man das Farmland zwei Jahre und pflanzt in dem ersten Jahre Jams und im zweiten Guineakorn, dann wird die Stelle gewechselt. Hauptbeschäftigung ist der Farmbau. Daneben gibt es Händler, Weber, Schmiede,

Färber, Sattler und andere Handwerker. Bezahlt wird in Kauris und Geld. Geld ist schon ziemlich häufig. 2000 Kauris gelten 1 Mark. Lebensmittelmarkt ist an jedem Tage, größerer Markt an jedem sechsten Tage. Im allgemeinen vollzieht sich das Kaufgeschäft ohne jede Form als einfacher Barkauf. Nur beim Kauf eines Pferdes werden Zeugen hinzugerufen, und werden 1000 Kauris als Zeichen des Vertragsabschlusses, abgesehen von dem Kaufpreise, an den Verkäufer bezahlt, der sie jedoch an seinen Pferdejungen weiterzugeben hat. Beim Verkauf einer Kuh werden in gleicher Weise 100, beim Verkauf eines Esels 300 Kauris als Angeld gegeben. Der Kauf kann wegen Mangel nur an demselben Tage rückgängig gemacht werden. Die Wandlung ist ausgeschlossen, „sobald das Tier eine Nacht bei dem Käufer geschlafen hat". Die geleistete Anzahlung verfällt in jedem Falle.

Darlehensverträge kommen vor. Zinsen werden weder gegeben noch verlangt. Auch Bürgschaftsverträge finden sich. Der Bürge hat zu zahlen, wenn der Schuldner trotz mehrfacher Aufforderungen des Gläubigers die Schuld nicht bezahlt. Auch eine Verpfändung von Schmuckgegenständen oder Kleidungsstücken findet sich. Grundstücke oder Farmland werden dagegen nicht verpfändet. Daß der Familienvater berechtigt ist, seine Töchter oder Söhne als Pfand zu geben, ist bereits oben erwähnt. Im allgemeinen bezahlen die Verwandten, wenn der Schuldner die Zahlung verweigerte, weil er den Betrag nicht begleichen will oder tatsächlich nicht in der Lage ist, die Summe zu bestreiten. Wie aber schon erwähnt, kann der Familienvater auch seine Tochter oder seinen Sohn verpfänden, um sich dafür Geld zu beschaffen. Der Gläubiger darf das ihm als Pfand übergebene Mädchen prinzipiell nicht heiraten. Der ihm verpfändete Sohn muß für ihn arbeiten. Stirbt das gepfändete Kind, so darf der Geldgeber den Schuldbetrag sofort von dem Schuldner zurückverlangen. Ihm verpfändete Schmucksachen darf er jedoch nicht verkaufen. Verpfändung von Jams und Guineakorn ist nicht üblich, wohl

aber findet sich manchmal der Verkauf des gesamten Ernteertrages.

Arbeits- oder Dienstverträge kommen nur selten vor. Im allgemeinen helfen sich die Freunde und Verwandten untereinander. Wenn jemand aber z. B. über viel Farmland verfügt und selbst eine Farm in einem derartigen Umfange nicht anlegen will, so verdingen sich arme Leute bei ihm für die Farmbestellung. Sie erhalten dann für hundert Jamshaufen 200 Kauris. Angeblich soll ein fleißiger Arbeiter die hundert Jamshaufen in einer Stunde fertigstellen. Besondere Trägerverträge gibt es nicht, auch hier helfen Verwandte, oder es werden Sklaven angestellt.

VIII. Die Gurma.

Auskunft erteilten: Bukari, Bruder des jetzigen Matschakualehäuptlings, der bereits elf Jahre in Mangu wohnt, Djibo, der Bruder, und Gengerre, Sohn des Pamahäuptlings Muhamma, der jetzt in Borgu wohnt.

Die Gurma bilden eine kleine Enklave im Mangubezirk, und sind, wie bereits erwähnt, praktisch ohne Bedeutung. Nach dem Tode des jetzigen Häuptlings, der seinerzeit aus Anhänglichkeit an die deutsche Regierung in deutsches Gebiet übersiedelte, werden sie wahrscheinlich in der übrigen Bevölkerung aufgehen. Für die praktischen Zwecke meiner Erhebungen erübrigte es sich daher, des näheren auf das Recht der Gurma einzugehen. Zurzeit gibt es in Borgu noch etwa 300, in Mangu noch etwa 150 Gurma, die im Jahre 1897 in das deutsche Gebiet übergesiedelt sind. Die Gurma wollen dasselbe Recht wie die Mobastämme haben. Die Kantindileute sollen nach ihren Angaben von Moschi nach Gurma gezogen sein, dort längere Zeit gewohnt haben, und dann von dem Gurmahäuptling ihre jetzigen Wohnplätze angewiesen erhalten haben. Woher die Dapong- und die Boguleute gekommen sind, wissen die Gurma nicht. Es sollen aber kleine Abweichungen

zwischen den Rechten der Gurma und der Boguleute bestehen, „da letztere Buschleute seien, die Gurma nicht“.

Gerichtsverfahren, Zivil- und Strafrecht sind aber im wesentlichen dieselben, wie oben für die Mobastämme angegeben. Auch sie kennen die Oelprobe, haben aber außerdem auch die Kalebasseprobe, bei der Blätter eines bestimmten Baumes mit Wasser in die Kalebasse getan werden und diese dem Beschuldigten an den Leib gehalten wird. Auch das Familien- und Erbrecht ist dasselbe, wie es die Kantindileute angegeben haben. Die Gurma bestätigen, daß die Kantindileute alljährlich dem Häuptling von Pama Kühe und Essen zu liefern haben, ebenso, daß der neue Kantindihäuptling durch den Häuptling von Pama bestätigt werden muß. Beide Bestimmungen sind allerdings in letzter Zeit durch die Station verboten und außer Wirkung gesetzt.

Die Gurma glauben angeblich nicht an ein Fortleben nach dem Tode. Sie begraben die Toten auf großen besonderen Plätzen in der Nähe der Häuptlingshalle. Die Gräber werden nicht durch Töpfe kenntlich gemacht. Nach allem scheinen die Gurma den Kantindileuten in ihren Sitten und Gebräuchen am nächsten zu stehen. Nach Angabe des Hauptmanns Mellin soll die Familie des Gurmahäuptlings eine Moschifamilie sein.

IV.

Bemerkungen zu den Stammesrechten von Sansane-Mangu.

Von

Josef Kohler.

Das Häuptlingsrecht ist auch bei diesen Stämmen mehr oder minder entwickelt, so bei den Tschokossi, namentlich aber bei den Moba, Namba und Dagomba. Bei den Moba hat er noch einen Sprecher, der das Urteil zu verkünden hat. Er hat ein weitgehendes Gerichtsrecht und kann sogar einen Verbrecher verkaufen.

Wie gewöhnlich, ist das Häuptlingsrecht in der Familie erblich: der Häuptling wird aus der Familie gewählt. Eigentümlich ist bei den Moba die Bestätigung des Häuptlings durch die Nachbarhäuptlinge (S. 104—106). Auch bei den Namba gibt es Ober- und Unterhäuptlinge, aber mit wenig Macht und Bedeutung (S. 101), während die Dagomba einen weitgehenden Apparat von Ober- und Unterhäuptlingen kennen, wobei die Erbfolge in der gewöhnlichen Weise stattfindet, indem der Häuptling aus seiner Familie genommen wird, wobei gewöhnlich der Sohn, eventuell der jüngere Bruder, zur Würde gelangt (S. 118—125). Auch hier hat der Häuptling verschiedene Beamte, so auch einen Fronboten, welcher die Prügelstrafe erteilt. Bei anderen Stämmen dagegen ist das Häuptlingstum wenig entwickelt und infolgedessen der staatliche Verband ein außerordentlich loser; so bei den Kokomba und bei den Taberna.

Es zeigt sich immer mehr, daß bei den Bantustämmen das Häuptlingstum das bildende Element ist.

Sklaverei findet sich überall (natürlich nach altem Rechte). Ihre Stellung war im ganzen eine milde. Ein Tötungsrecht hatte der Herr nicht, z. B. nicht bei den Moba (S. 105). Der Sklave konnte sich meistens frei kaufen, so bei den Dagomba, wo die Sklaven ein peculium bekamen, aus dessen Erträgnis sie die Freikaufsumme erwerben, sich auch einen servus vicarius kaufen konnten, der die dem Herrn zu leistende Arbeit zu besorgen hatte (S. 121).

Die Ehe eines Sklaven mit einer freien Frau oder eines Freien mit einer Sklavin wird verschieden behandelt; bei den Dagomba tritt Halbfreiheit, im letzten Falle volle Freiheit ein, und bei den Moba (S. 105) sind die Kinder von Sklaven und Freien frei.

Der Verkauf der Sklaven ist allgemein gestattet, so bei den Moba (S. 105), bei den Kokomba (S. 90). Auch die Noxaedatio des Sklaven für die einem Dritten verursachten Schaden wird bestätigt, so bei den Tschokossi (S. 82) und bei den Moba (S. 110).

Das Vaterrecht hat sich überall entwickelt, mitunter finden sich noch einige wenige mutterrechtliche Züge; wie z. B. wenn bei den Dagomba der Vater nicht nur sein Kind, sondern auch das Kind seiner Schwester zur Zahlung seiner Schulden in Pfand geben kann (S. 122). Sodann ist nicht nur die Ehe unter Geschwistern, sondern auch die Ehe unter Kindern von Geschwistern verboten, aber es werden hier Unterschiede gemacht; verboten ist die Ehe zwischen den Kindern zweier Brüder, dagegen nicht zwischen der Tochter des Bruders und dem Sohn der Schwester; so bei den Kokomba (S. 92), ganz nach den Regeln der klassifikatorischen Verwandtschaft. Von dieser sind wahrscheinlich auch noch weitere Spuren vorhanden, die aber in den Berichten nicht hervortreten, weil der Verfasser eben nicht nach einem Fragebogen untersucht hat.

Auch über die Couvadebräuche haben wir leider keine Nachricht, mit Ausnahme der Mitteilung, daß bei den Tschokossi ein Geschlechtsumgang mit der Frau erst wieder stattfinden darf, wenn das Kind laufen kann (S. 86).

Die Namengebung findet beispielsweise bei den Tschokossi 8 Tage nach der Geburt statt (S. 86).

Bei manchen Stämmen ist eine ominöse Namengebung, nicht eine patriarchale üblich: man glaubt sonst, daß das Kind bald sterben wird. Offenbar geht man auch hier von der Idee aus, daß mit dem Namen die Seele auf das Kind übertragen wird, und das führt natürlich zu animistischen Kollisionen; so bei den Moba (S. 122).

Eine Reihe von Stämmen haben noch die Beschneidung der Knaben, so die Tschokossi (S. 86), manche auch der Mädchen, so die Moba (S. 122). Sonst wird von der Jünglingsweihe nichts erzählt.

Der Ehe geht häufig die Verlobung in früher Kindheit voraus, manchmal schon vor der Geburt für den Fall, daß das Kind ein Mädchen wird; so bei den Moba (S. 110), bei den Tschokossi (S. 83), Tamberna (S. 99), Namba (S. 102), bei den Dagomba (S. 123) wenn das Mädchen 5 Jahre alt ist. Während der Verlobungszeit hat der Bräutigam von Zeit zu Zeit Geschenke zu bringen und bei der Landarbeit zu helfen. Sobald das Mädchen mannbar ist, wird es übergeben, meist ohne besondere Form: die Verlobung geht in die Ehe über. Der Frauenkauf ist also in das Schenkungsstadium übergegangen. Wo keine Verlobung stattfindet, da ist das Mädchen vorher im Geschlechtsumgang frei, doch scheint auch bei der Verlobung die Treue nicht immer gehalten zu werden; allerdings pflegt in dieser Zeit keine Beiwohnung stattzufinden, doch die Unzucht erfolgt in anderer Weise; nötigenfalls werden die Folgen des Umganges durch Abtreibung beseitigt. Diese ist überall eine erlaubte Prozedur, so bei den Tschokossi (S. 85); nur die Besorger der Mittel werden mitunter bestraft (S. 82). So kommt es, daß trotzdem bei der Ehe auf die

Jungfrauschaft Rücksicht genommen und diese öffentlich verkündet wird, so bei den Tschokossi (S. 84).

Ueberall ist Polygamie gestattet und zwar regelmäßig so, daß die erste Frau die Hauptfrau ist, die Kinder verschiedener Frauen aber einander gleichstehen, z. B. bei den Tschokossi (S. 83, 84).

Der Uebergang vom Gemeinland zum Eigenland findet sich in gewöhnlicher Weise; er hat sich bald mehr, bald minder energisch vollzogen. Ueberall gibt es mehr Land als zu bebauen ist, und darum erhält jeder, wo er will, Kulturboden, bald ohne alles weitere, bald gegen eine Genehmigung, die unentgeltlich oder gegen kaum erhebliche Abgabe gewährt wird. Das Land wird einige Jahre bebaut, dann läßt man es brach liegen; der Bebauende kehrt aber wieder zurück und wird, wenn er die Kultur regelmäßig fortsetzt, nicht im Besitz belästigt; gibt er aber die Kultur auf, so wird das Land wieder herrenlos; im Zweifel frägt man ihn, ob er die Kultur fortsetzen will, so bei den Moba (S. 114). Nur ausnahmsweise, in der Nähe von Städten, findet sich eine stärkere Hervorhebung des Eigentumsbegriffes, so bei den Tschokossi, aber auch hier, ohne daß von einem Landverkauf die Rede ist (S. 87, 88; vgl. über die Kpunkpam S. 95, über die Namba S. 103, über die Dagomba S. 125).

Bei beweglichen Sachen haben sich Tausch- und Kaufgeschäft schon erheblich entwickelt, sogar Kreditgeschäfte finden sich bei den Tschokossi, mit Zahlungsfrist von einem Monat (S. 89); und ganz wie im deutschen Rechte erfolgt der Kauf vor Zeugen, mit einer Anzahlung, die meist an Zeugen oder an andere Personen gelangt, z. B. beim Pferdekauf an den Pferdejungen (vgl. über die Dagomba S. 126, über die Moba S. 105 und 116, die Tschokossi S. 79 und die Kokomba S. 92, wo das Handgeld an die Zeugen kommt).

Wandelung kennen die Völker nicht, wohl aber ist mitunter eine kurze Zeit, z. B. 3 Tage lang, ein allgemeines

Rücktrittsrecht gestattet, so bei den Tschokossi (S. 180), bei den Moba (S. 117).

Der Kauf hat sich natürlich da besonders entwickelt, wo sich wenigstens die Rudimente eines Sonderhandwerkes finden und nicht ein jeder durch eigene Tätigkeit seinen Bedarf zu decken sucht. Solche Handwerke finden sich mehr oder minder, namentlich auch das Handwerk des Schmiedes, das ja bei den Völkern meist eine besondere Rolle spielt; so bei den Tschokossi, wo sich die Gewerbetreibenden sogar zu Innungen zusammengetan haben (S. 77), während bei den Kokomba sich kein Handwerk herausgebildet haben soll (S. 91).

Uebrigens werden vielfach periodische Märkte erwähnt, so bei den Kokomba alle 5 Tage (S. 91).

Dienstverträge kommen wenig vor, da man sich verwandtschaftlich und nachbarschaftlich gegenseitig aushilft, so bei den Moba (S. 115, 117), außerdem werden sie durch Sklavenarbeit ersetzt, so bei den Tschokossi (S. 89).

Die Bürgschaft findet sich bei verschiedenen Stämmen, z. B. Moba (S. 117), Tschokossi (S. 89).

Die Blutrache ist noch in verschiedenen Zügen sichtbar, namentlich da, wo das Häuptlingsrecht wenig entwickelt ist. Eine Folge der Blutracheidee ist es, daß bei den Moba dem ältesten Sohn oder ältesten Bruder des Verstorbenen ein Mädchen zur Sühnung gegeben wird; eine häufige Art der Blutsühne, die bei den Völkern mehr wie alles andere zur Versöhnung der Geschlechter geführt hat (S. 110).

Bei Diebstahl, bei Notzucht, Körperverletzung tritt gewöhnlich eine starke Prügelstrafe ein, die bis zum Tode führen kann.

Ehebruch wird aber bei manchen Stämmen nicht bestraft, sofern die Ehefrau einverstanden war, so bei den Moba (S. 110).

Wo Häuptlingsrecht sich entwickelt hat, finden wir auch einen mehr oder minder geregelten Prozeß. Der Sachverhalt wird durch Zeugen festgestellt, und wenn der Ver-

urteilte nicht zahlt, so pflegt der Häuptling entweder eine Pfändung vorzunehmen oder den Schuldner zu zwingen, ein Kind oder sonstigen Verwandten als Pfandling zu geben, so bei den Namba (S. 101) und bei den Moba (S. 109).

Auch verschiedene Gottesproben sind noch üblich, so z. B. zur Feststellung des Ehebruches die Kalebassenprobe: es wird dem Beschuldigten eine Kalebasse auf den Leib gelegt, und man nimmt an, daß wenn er schuldig ist, starke Leibschmerzen eintreten, so bei den Moba (S. 108), bei den Gurma (S. 128); auch das Heißölordal ist in Uebung.

Von den religiösen Anschauungen mag noch, als mit dem Rechte verwandt, hervorgehoben werden, daß sich mehrfach die Anfänge eines Vergeltungsglaubens im Jenseits finden, wonach die Bösen dort ein schlimmeres Schicksal finden als die Guten; so bei den Kpunkpam; und ferner, daß auch hier die Zwillinge als Fetischkinder besondere Auszeichnung genießen, z. B. bei den Kokomba (S. 92).

V.

Das Togorecht.

Von

Josef Kohler.

Die drei ausführlichen Darstellungen von Asmis über eine Reihe von Togostämmen bieten uns ein sehr eingehendes Bild über die Rechtsverhältnisse eines wichtigen Zweiges der Bantu. Sie ergänzen und bestätigen dasjenige, was seinerzeit von Henrici im XI. Band der Zeitschrift über die Ephe mitgeteilt worden ist, haben aber den großen Vorzug nicht nur der größeren Genauigkeit, sondern auch der unantastbaren Fundierung durch die Aussage unangreifbarer Gewährsmänner. Hier sollen die Hauptzüge des Togorechtes zusammengestellt werden.

Das Häuptlingsrecht ist mehr oder minder entwickelt, und wo es sich findet, hat es zur schärferen Zusammenfassung der Völkerschaften und zur Fortbildung des staatlichen Wesens bedeutend beigetragen. Die Häuptlinge haben ihre Embleme, ihren Sprecher und ihren Boten und andere Beamten (vgl. XXV, 131; XXVI, 134; XXVII, 129). Fast immer ist die Häuptlingswürde in einer Familie erblich, aber so, daß der Häuptling aus den Familienmitgliedern gewählt wird, oder mindestens ein untaugliches Familienmitglied zurückgewiesen werden kann. Oft besteht auch eine Dyarchie in der Art, daß zwei Familien, die eine nach der anderen, den Herrscher stellen. Auch gibt es Oberhäuptlinge (XXVI, 135; XXVII, 129), und auch das findet sich, daß die erwählten Häuptlinge die Bestätigung der Nachbarhäuptlinge erlangen müssen.

Neben den Häuptlingen sind die Fetischpriester von Bedeutung, welche auch rechtlich, namentlich bei der Gottesprobe, bedeutsam einwirken (XXV, 132; XXVI, 137; XXVII, 134); und bei einigen Stämmen stehen sie zu den Frauen in sexueller Beziehung nach dem Gedanken, daß der Umgang mit einem Priester den Frauenschoß weiht (XXV, 132; XXVI, 136).

Sklaverei ist sehr verbreitet; entweder gehört seine ganze Arbeit dem Herrn, oder der Sklave bekommt ein Gütchen mit dem Rechte des Selbsterwerbes, nachdem er seinem Herrn die nötige Arbeit geleistet (XXV, 137; XXVII, 130). So kann der Sklave sich auch freikaufen, er kann sich auch einen servus vicarius erwerben, welcher für ihn beim Herrn die Arbeit leistet (XXV, 135; XXVII, 130). Der Sohn der Sklavin gehört dem Herrn ohne Rücksicht darauf, ob er der Erzeuger ist [1]).

Verheiratet sich ein Sklave mit einer Freien, so entscheidet regelmäßig der Vater über den Stand des Kindes (XXV, 135; XXVII, 130); mitunter sind auch die Kinder halbfrei.

Die Lage der Sklaven ist keine schlimme; der Sklave gilt als Teil der Familie, was auch aus der Mitteilung von Henrici (XI, 136) hervorgeht, wonach das Wort devi Kind und Sklave bedeutet. Daher kann man sich auch nicht über die Mitteilung wundern, daß wenn keine Kinder vorhanden sind, der Sklave Erbe wird (XXV, 135). Doch ist der Sklave veräußerlich (XXV, 136 und XXVII, 130), und wenn er einen Dritten beschädigt, so hat der Herr die Noxadaetio (XXV, 135; XXVII, 130).

Wie schon aus Henrici (XI, 141) hervorgeht, herrscht bei den einen Stämmen das Mutter-, bei anderen das Vaterrecht [2]). Wir haben das Mutterrecht bei den Atakpame ge-

---

[1]) Zeitschr. XI, S. 419.

[2]) Vgl. auch Zeitschr. XI, S. 418. Man hat eigene Sagen ersonnen, um die Neffenerbfolge, wo sie noch besteht, zu erklären.

funden (XXV, 132), dagegen bei fast allen anderen Völkern das Vaterrecht (XXV, 133; XXVI, 135; XXVII, 130); aber auch hier regen sich noch Spuren des Mutterrechts, namentlich in der Gestalt des Avunkulates, in der Beziehung des Oheims zu dem Neffen (XXVI, 135; XXVII, 130). Merkwürdig ist, daß bei der Beerbung das Seniorat vorkommt, oder mindestens die Brudererbfolge, indem der nächstjüngste Bruder sowohl die Frau als auch das Vermögen an sich nimmt, davon aber einiges an die Söhne abzugeben pflegt. Dieses ist offenbar noch ein Rest alter Gemeinschaftsverhältnisse (XXVI, 135).

Von der Couvadesitte ist uns wenig mitgeteilt, offenbar hat der Verfasser seine Untersuchung nicht dahin gelenkt. Wir finden nur die häufige Geschlechtssperre nach der Geburt des Kindes, so daß die Eltern monate- oder jahrelang nicht mehr miteinander verkehren dürfen, so z. B. bis das Kind gehen kann (XXV, 137; XXVII, 131).

Von Jünglingsweihen erfahren wir nur, daß die Beschneidung bei den Knaben oder auch bei den beiden Geschlechtern vorkommt (XXV, 137; XXVII, 131).

Die Ehe ist eine polygame mit einer bevorrechtigten Oberfrau, aber doch so, daß die Kinder der verschiedenen Frauen einander gleich stehen (XXV, 132; XXVI, 136; XXVII, 132).

Sehr verbreitet ist die Kinderverlobung, und zwar geschieht sie oft sofort nach der Geburt oder auch schon vorher für den Fall, daß das Kind ein Mädchen wird (XXV, 134; XXVI, 136; XXVII, 131).

Die Verlobung kann dahin führen, daß die Verlobte von nun an ihrem Bräutigam allein angehört und dem sexuellen Verkehr anderer entzogen ist; doch ist dies nicht immer der Fall: es findet vielmehr trotzdem ein ziemlich freier Geschlechtsverkehr statt, nur daß man uneheliche Kinder zu vermeiden sucht, teils durch Abtreibung, teils dadurch, daß die Geschlechtslust in unvollkommener Weise befriedigt wird. Auf

diese Weise haben die Mädchen ihre Freunde, und bei manchen Stämmen ist es förmlich Sitte, daß die Verlobten erst dann dem Bräutigam gegeben werden, wenn sie einige Jahre lang ein freies Leben geführt haben. Dies geht alles auf ehemalige gruppeneheliche und hetäristische Zustände zurück (vgl. darüber die vielen Nachweise XXV, 132; XXVII, 131); und wenn sich die Jungfernprobe auch hier findet (XXVI, 136; XXVII, 131), so hat sie keine große Bedeutung.

Von der Raubehe finden wir noch Spuren (XXV, 134), meist aber hat sich eine gemilderte Kaufehe entwickelt, indem der Bräutigam dem Schwiegervater gewisse periodische Geschenke gibt, ihm auch bei der Feldbestellung hilft (XXVI, 136; XXVII, 131).

Auch Blutsbrüderschaft wird erwähnt (XXVI, 137), auch Adoption (XXV, 135; XXVI, 127); aber große Bedeutung scheint sie nicht zu haben.

Das Land ist großenteils noch Gemeinland oder auch Familienland, wird aber dem Einzelnen auf sein Verlangen zur Kultur zugewiesen; er darf es dann so lange behalten, als er es kultiviert. Da aber auf zwei oder drei Jahre Kultur etliche Zeit Brache folgen muß, so kann es zweifelhaft sein, ob der Besitzer die Kultur fortsetzen will, in welchem Falle man bei ihm anfrägt oder die Folgezeit abwartet. Wo das Land mit mehr Mühe urbar gemacht werden muß, erlangt der Besitzer außer dem Lande die Vorteile der Kultur, und daher kommt es, daß sich mitunter auch eine Veräußerung entwickelt hat, insbesondere wenn der Kultivierende Palmbäume gepflanzt hat (vgl. XXV, 136; XXVI, 139 f.; XXVII, 132); vgl. auch Henrici (XI, 138) und meine Abhandlung (XI, 155).

Verkehrsgeschäfte, wie Verkäufe kommen unter verschiedene Formalitäten vor, z. B. der Formalität des Grasabreißens (XXV, 136); besonders häufig ist aber der Zuzug von Zeugen und die Zahlung eines Angeldes, das an die Zeugen oder an einen anderen Beteiligten fällt, z. B. beim Pferdekauf an den Pferdejungen (XXVI, 140; XXVII, 132).

Wandelung gibt es nicht, wohl aber ein Rücktrittsrecht in kurzer Frist (XXV, 136; XXVI, 140; XXVII, 132); was manchmal als Wandelung bezeichnet wird, ist wohl nichts anderes als ein solches kurzzeitiges Rücktrittsrecht, das keiner Motive bedarf.

Der Kauf ist häufig Kreditkauf, wodurch die Angabe von Henrici (XI, 144) seine volle Bestätigung findet.

Eine regelmäßige Verzinsung gibt es nicht, wohl aber für den Fall eines Verzuges eine Verzögerungsbuße (vgl. auch Henrici XI, 144).

Bei Tierschäden wird das Tier getötet oder als Pfand behalten, sonst findet eine Haftung des Tiereigentümers regelmäßig nicht statt (XXVI, 140).

Noch finden sich Spuren der Blutrache, die aber meistens in Wergeldsystem übergegangen. Als Wergeld werden Sklaven gegeben (XXVI, 141), oder auch ein Mädchen, das ein Sohn der verletzten Familie heiratet (XXVII, 133). Eine weitere Spur besteht noch darin, daß eine gerichtliche Todesstrafe durch die Verwandten vollstreckt wird, wie dies Henrici (XI, 149) berichtet.

Wo das Häuptlingsstrafrecht besteht, ist natürlich die Blutrache zurückgedrängt: wir finden hier die verschiedenen Strafen: Todesstrafe, Versklavung, Verbannung; aber auch die Verhöhnungsstrafe ist nicht selten (XXV, 138). Manchmal waren hierbei ausländische Einflüsse maßgebend (XXVI, 141).

Der Diebstahl ist dasjenige Vergehen, welches bei den Völkern die verschiedenste Beurteilung findet. Auch unter verwandten Stämmen finden wir große Unterschiede. Bald wird der Dieb so viel wie gar nicht gestraft (XXVI, 141), bald wird er verhöhnt, bald bis zum Tode geprügelt (XXVI, 141; XXVII, 133).

Bei Ehebruch findet vielfach bloß Geldbuße an den Ehemann statt (XXV, 138), mitunter auch Talion, indem auch gegen den Täter Ehebruch getrieben wird (XXVI, 141).

Die Unterschiede von Vorsatz und Nichtvorsatz sind bereits bekannt, aber auch das Recht der Notwehr wird mitunter anerkannt (XXV, 138).

Asylstätten sind das Haus des Häuptlings oder das Haus des Fetischpriesters. Das Asyl ist entweder ein einfaches Asyl oder ein Versklavungsasyl, indem der Verfolgte beim Häuptling oder beim Priester als Sklave oder untergeordneter Hausgenosse eintritt und dadurch seinen Schutz erwirbt (XXV, 137; XXVI, 140).

Daß der Kläger den Richter bezahlt, ist eine nicht nur bei den Naturvölkern häufige Erscheinung; der Verurteilte ist von Gerichtskosten frei. Dies wird auch von Henrici (XI, 149) bestätigt: der Beklagte hat höchstens die Zögerungsbuße zu zahlen; der Kläger aber zahlt das Gericht, denn ihm hat es genutzt.

Daß Dukdukverhältnisse vorkommen und fahrende geistliche Richter das Land durchziehen, um in religiös geheiligter Weise das Recht zu verwirklichen, (ein Institut, das natürlich sehr der Entartung ausgesetzt ist), wird von Henrici (XI, 148) erwähnt. Bei Asmis findet dies, soweit ich sehe, keine Bestätigung.

Bei dem Häuptlingsstrafrecht spielt natürlich der Zeugenbeweis die größte Rolle, eventuell kommen aber auch Gottesurteile in Betracht, so der Gifttrank (doppelseitig, XXV, 137): manchmal wird allerdings der Gifttrank einem Huhn eingegeben (XXVI, 138); so das Kalabassenordal, indem lediglich eine Kalabasse auf den Leib gestellt wird, welche bei lügnerischer Angabe heftige Schmerzen verursacht; verbreitet ist ferner das Heißölordal (XXVI, 138); vgl. zu dem ganzen Henrici (XI, 148).

Auch der Verwünschungseid verbunden mit Fetischtrinken ist in Uebung (XXV, 317; XXVI, 138).

Die Vollstreckung ist meist Personalvollstreckung, indem man den Schuldner oder ein Familienmitglied in Haft nimmt; der Schuldner pflegt dann meistens ein Familienmit-

glied als Pfandling zu stellen (XXVI, 138; XXVII, 134). Die Vollstreckung kann Selbsthilfevollstreckung sein; bei entwickeltem Häuptlingsrecht ruft man den Häuptling an: der Häuptling hilft auch durch Vermögensvollstreckung (XXVII, 134); vgl. auch zu dem ganzen Henrici XI, 144.

Der Schuldner wird bei den meisten Stämmen ehrlich begraben und die Bestattung macht den Bestattenden nicht haftbar für die Schulden, für welche aber die Erben unbedingt haften; doch ist dies nicht überall in Togo der Fall; wir erfahren von Henrici, daß mitunter auch dem Schuldner das ehrliche Begräbnis entzogen wird, und wer ihn doch begräbt, sich für seine Schulden haftbar macht (XI, 145).

VI.

Bemerkungen zu den aramäischen Urkunden von Elephantine.

Von

Josef Kohler.

Wer die bis jetzt zugängig gemachten Elephantiner Urkunden in Betracht zieht, wird sofort durch die Aehnlichkeit mit dem babylonischen Rechtsverkehr überrascht. Wir finden zunächst die Urkundenform, wie sie im babylonisch-persischen Rechte von Artaxerxes' Zeit üblich wird: „A spricht zu B: ich werde das und das tun oder ich habe das und das getan." Auf diese Weise wird die Sache aus der ursprünglichen indirekten Form in die direkte Rede eingeleitet, die von jetzt an die herrschende wird [1]).

Sodann ist die Art und Weise, wie der Kläger nach abgewiesener Klage das Urteilsgelübde ablegt, also erklärt, keinen Prozeß mehr erheben zu wollen, ja sogar beifügt, daß ein künftiger Prozeß, den er erhebt, nicht ein Prozeß sein soll, vollkommen dem Wort und Geist des babylonisch-persischen Rechts entsprechend [2]).

Anderseits scheint bei der Behandlung des Parteieneides

---

[1]) Kohler und Ungnad, Hundert ausgewählte Rechtsurkunden aus der Spätzeit des babylonischen Schrifttums S. 73 f.

[2]) Kohler und Ungnad, Hammurabi IV, S. 98.

das ägyptische Recht nicht ohne Einfluß gewesen zu sein, denn gerade dieses bietet uns Fälle der Eideshilfe, worüber ich auf meine mit Ziebarth veranstaltete Ausgabe von Gortyn (S. 129) hinweisen möchte.

Dagegen ist die Grundlage des Eherechts gewiß israelitisch; der Mohar als Gabe an den Mundwalt, später an die Frau selber, findet sich ja noch in der Mischna (vgl. Zeitschr. XXVI, S. 456). Daß aber der Frau für den Fall des kinderlosen Todes des Mannes das ganze Vermögen verschrieben wird, folgt gewiß dem ägyptischen Muster; sicher haben die jüdischen Frauen das ägyptische Beispiel vor sich gesehen und gleiche Begünstigungen für sich verlangt. In Aegypten war es ja Sitte, daß der Mann das Vermögen den Kindern der Frau hinterließ und bzw. der Frau selber, wobei es den Kindern verfangen war (Zeitschr. XXIII, S. 280).

Die Erklärung des Hasses, d. h. der Absicht, nicht mehr mit dem anderen Teil zusammen leben zu wollen, ist wohl auf das babylonisch-persische Recht zurückzuführen; sie hat natürlich besondere Bedeutung für die Frau und zieht verschiedene vermögensrechtliche Nachteile mit sich. In den ältesten Zeiten des babylonischen Rechts hatte eine solche Erklärung der Frau, mindestens wenn sie unbegründet war, eine höchst fatale Wirkung, die später weggefallen ist.

Ist im Ehe- und Familienrecht noch einheimisches Recht zu verspüren, so zeigt der Geschäftsverkehr vollständig die Züge des babylonisch-persischen Rechts. Zinsen werden ohne weiteres auch unter jüdischen Stammesgenossen ausgemacht, und zwar ohne jeden Versuch, den Vertrag zu verheimlichen oder das Zinsennehmen zu verschleiern. Der Zinsfuß, 2 Hallur für 1 Scheckel, entspricht wohl den 20% des babylonischen Rechts, so daß 1 Hallur = 1/10 Scheckel ist.

Und wie bei den Babyloniern zur Bezeichnung der ausnahmslosen Gesamtheit des Vermögens die Formel gebräuchlich war von Stroh und Gold (nicht von Mund zu Gold, wie

es früher irrig übersetzt wurde)[3], so finden wir hier die Formel „vom Rettich bis zum Faden“.

Spätere Funde werden uns das Bild der babylonisch-syrisch-ägyptischen Kultur vervollständigen. Und wenn wir dann die Ansätze des griechischen Rechts weiter verfolgen können, dann wird für die Kulturgeschichte der Menschheit ein neuer Tag erscheinen.

---

[3]) Kohler und Ungnad, Hammurabi V, S. 119.

VII.

Rechtsvergleichende Forschungen über die Zufallshaftung in Vertragsverhältnissen.

(Fortsetzung) [1]).

Von

Dr. Fritz Schulz,

o. ö. Professor an der Universität Kiel.

II. Das Gesetz Hammurapis.

Aus der Literatur sind benutzt: Altorientalische Texte und Bilder zum Alten Testament in Verbindung mit Ungnad und Ranke herausg. von Hugo Greßmann, Bd. I Texte (Tübingen 1909). Hammurapis Gesetz darin S. 140 ff. von Ungnad; diese Uebersetzung ist zugrunde gelegt. — Hugo Winkler, Die Gesetze Hammurabis in Umschrift und Uebersetzung. Leipzig 1904. — Kohler, Peiser, Ungnad, Hammurabis Gesetz Bd. 1—5. Leipzig 1904 ff. — R. F. Harper, The Code of Hammurabi. Chicago-London 1904. — D. H. Müller, Die Gesetze Hammurabis und ihr Verhältnis zur Mosaischen Gesetzgebung sowie zu den XII Tafeln. Wien 1903. — Jeremias, Moses und Hammurabi 1903. — Oettli, Das Gesetz Hammurabis und die Thora Israels 1903. — Grimme, Das Gesetz Chammurabis und Moses 1903. — Stanley A. Cook, The Laws of Moses and the Code of Hammurabi. London 1903. — D. H. Müller, Semitica. Sprach- und rechtsvergleichende Studien II (Sitzungsber. der Wiener Akad. d. Wiss., phil.-hist. Klasse Bd. 154 [1907]). — Meisner, Aus dem babylon. Privatrecht (Der alte Orient, 7. Jahrg., Heft 1, 1905). — Fehr, Hammurapi und das salische Recht, 1910.

1. Haftung des Depositars.

Von ihr handelt deutlich der § 125, der in eigentümlicher Weise bisher von fast allen Erklärern mißverstanden worden ist. Er lautet:

---

[1]) Vgl. Bd. XXV, S. 459.

Gesetzt, jemand hat etwas ihm Gehöriges zur Aufbewahrung übergeben, und dann ist dort, wohin er es gegeben hat, durch Einbruch oder Einsteigen[1a]) etwas ihm Gehöriges zusammen mit irgend etwas, was dem Eigentümer des Hauses gehört, abhanden gekommen, so soll der Eigentümer des Hauses, der unachtsam war und dadurch[2]) das, was er ihm zur Aufbewahrung übergeben hatte, abhanden kommen ließ, es im vollen Betrage dem Eigentümer der Habe ersetzen; der Eigentümer des Hauses darf das, was ihm abhanden gekommen ist, durch Nachforschung ermitteln und dann von dem betreffenden Diebe nehmen.

Wie haftet hiernach der Verwahrer? Nach der herrschenden Auslegung für Diebstahl schlechtweg; bei jedem Abhandenkommen durch Diebstahl werde ein Verschulden des Verwahrers de iure angenommen: also die formale Verschuldungshaftung[3]). Unseres Erachtens bietet der Text für diese Auslegung keinen Anhalt, besagt vielmehr das Entgegengesetzte. Nur der Verwahrer soll für den Verlust durch Diebstahl einstehen, der nachlässig war, der durch seine Unachtsamkeit den Verlust verschuldet hat: damit ist die formale Verschuldungshaftung, die im Verlust durch Diebstahl stets verschuldeten Verlust sieht, meines Erachtens deutlich abgelehnt[4]). Dazu paßt auch der weitere Inhalt unserer Vorschrift. Wir fanden im indischen Recht als Ausdruck der formal-äußerlichen Auffassung des Verschuldungsbegriffs den

---

[1a]) So übersetzt jetzt Ungnad (brieflich) das Wort na-ba-al-ka-at-tim (von der Wurzel blkt übersteigen), andere geben es mit „Raub, Plünderung“ wieder, Ungnad selbst früher mit dem farblosen Ausdruck „Entwendung“.

[2]) So die wörtliche Uebersetzung, wie mir Ungnad erklärt; in seiner Uebersetzung in „Texte und Bilder“ gab er den Text mit den Worten wieder „... so soll der Eigentümer des Hauses, wenn er durch seine Unachtsamkeit das, was er ihm zur Aufbewahrung übergeben hatte, abhanden kommen ließ ...“, doch ist damit schon die Erklärung in die Uebersetzung hineingezogen.

[3]) So ausdrücklich Jeremias S. 34, N. 1; Müller, Gesetze Hammurabis S. 113 f.; Grimme S. 41; Cook S. 270; Meisner S. 17.

[4]) Dies ist auch die Meinung Ungnads (brieflich), der deshalb auch den Relativsatz mit einem wenn-Satz (siehe N. 2) wiedergegeben hat.

Satz: Mitverlust eigener Sachen stellt den Schuldner haftfrei, weil sie seine Schuldlosigkeit erweist. Dieser Satz ist in unserem Gesetz ausdrücklich abgelehnt: auch wenn eigene Sachen des Verwahrers mit entwendet worden sind, soll dieser doch haften, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt [5]). Man wird demnach die Haftung des Verwahrers — gleichgültig ob gegen oder ohne Entgelt — kennzeichnen müssen als eine Haftung für Verschulden im Sinne unserer Dogmatik; im Zusammenhang des Gesetzbuches freilich als eine Haftung für culpa lata, da das Gesetz, wie alsbald zu zeigen ist, bei anderen Vertragsverhältnissen noch den weitergreifenden formalen Verschuldungsbegriff verwendet.

2. Haftung des Sachmieters.

Ganz wie die indischen Rechtsbücher sagt unser Gesetz: der Mieter haftet für Verschulden, nicht für höhere Gewalt; also haftet der Mieter hier wie dort für niederen Zufall, bis zur Grenze der höheren Gewalt [6]).

§ 244. Gesetzt, jemand hat ein Rind (oder) einen Esel gemietet, und dann hat auf dem Felde ein Löwe das (Tier) getötet, so ist dies Sache des Eigentümers.

§ 245. Gesetzt, jemand hat ein Rind gemietet und dann hat er durch Nachlässigkeit oder auch durch Prügel den Tod (des Tieres) veranlaßt, so soll er Rind für Rind dem Eigentümer des Rindes ersetzen.

§ 249. Gesetzt, jemand hat ein Rind gemietet, darauf hat ein

---

[5]) Eigentümlicherweise behauptet Müller, Semitica II, 13, „daß die Haftpflicht des Depositars davon abhängig gemacht werde, ob Sachen aus des Depositars Eigentum in dem Diebstahl mit inbegriffen sind oder nicht"; doch dies ist für unsere Norm offensichtlich unrichtig, auch wenn eigene Sachen des Verwahrers mitentwendet worden sind, haftet er unter Umständen (bei Verschulden) doch. Müllers Vergleich unserer Vorschrift mit dem Sempadschen Kodex § 121 ist daher verfehlt. Siehe später unsere Ausführungen über das armenische Recht.

[6]) So auch Kohler I, 115; Jeremias S. 28; Müller, Gesetze S. 164.

Gott es geschlagen, so daß es gestorben ist, so soll der Betreffende, der das Rind gemietet hat, bei einem Gotte schwören und daraufhin unbehelligt gelassen werden.

Wenn daher Fehr[7]) diese Normen anzieht als Belege für den Sieg des Verschuldungsprinzips über das Prinzip der Erfolghaftung, so ist dies freilich richtig im Sinne der babylonischen Juristen, nicht aber im Sinne der heutigen Dogmatik, die hier noch von einer Erfolghaftung reden müßte. Eine strengere Haftung als in Hammurapis Gesetz scheint im siebenten der sog. sumerischen Familiengesetze normiert zu sein: hiernach soll anscheinend der Mieter auch bei höherer Gewalt haften, so zwar, daß er während der ganzen Mietzeit einen bestimmten Zins fortzuzahlen hat[8]).

Wenn ein Mann einen Sklaven mietet und der stirbt, kommt abhanden, läuft weg, wird eingesperrt oder wird krank, so soll er als Mieter für ihn täglich ein Bar Getreide erlegen.

3. Haftung des Hirten.

Auch er haftet für Verschulden bis zur Grenze der höheren Gewalt[9]):

§ 266. Gesetzt, in eine Viehhürde ist eine göttliche Berührung eingetreten oder ein Löwe hat gemordet, so soll der Hirt vor einem

---

[7]) S. 30.

[8]) Vgl. Kohler I, 136, der mit Recht hervorhebt, daß es sich hier um einen gegenüber dem Gesetz Hammurapis älteren Rechtssatz handelt. Ob die sumerischen Familiengesetze wirkliche Gesetze sind oder eine bloße Sammlung von Urkundenformeln (letzteres ist die Auffassung Ungnads), kann dahingestellt bleiben: im letzteren Falle würde unsere Stelle ein Beleg für eine strengere Praxis sein. Uebrigens mag in diesem Zusammenhange auch auf die bei Kohler-Ungnad IV, S. 20, N. 482 mitgeteilte Verwahrungsurkunde verwiesen sein; hier wird ausbedungen: „stirbt die (anvertraute) Sklavin oder entläuft sie, so geht es Lamassi (die Eigentümerin) nichts an". Hier soll doch offenbar der Verwahrer auch für höhere Gewalt einstehen.

[9]) Jeremias S. 28.

Gott einen Reinigungseid leisten, dann soll den in der Hürde entstandenen Schaden der Eigentümer der Hürde ihm abnehmen.

§ 267. Gesetzt, ein Hirt ist unachtsam gewesen und hat infolgedessen in der Viehhürde Räude(?) entstehen lassen, so soll der Hirt den Schaden, den die Räude(?) angerichtet hat, die er in der Hürde hat entstehen lassen, Rinder oder Kleinvieh, in vollem Maße dem Eigentümer der Tiere ersetzen.

4. Haftung des Empfängers bei der Kommenda.

Er haftet gleichfalls bis zur Grenze der höheren Gewalt[10]):

§ 102. Gesetzt, der Geschäftsmann hat dem Händler Geld zu Spekulationszwecken(?) gegeben, darauf hat er da, wo er hingegangen ist, Verlust erlitten, so wird er das Kapital (ohne Zinsen) dem Geschäftsmann zurückgeben.

§ 103. Gesetzt, während er des Weges zog, hat ihn ein Feind dazu gezwungen, etwas, was er trug, im Stich zu lassen, so soll der Händler bei einem Gotte einen Schwur leisten und daraufhin unbehelligt gelassen werden.

Ebenso ist wohl endlich offenbar

5. Die Haftung des Pfandgläubigers

gewesen, das Gesetz regelt freilich allein die Haftung für das Versterben der verpfändeten Person.

§ 115. Gesetzt, jemand hat von einem anderen Getreide oder Silber zu fordern, hat sodann eine Personenpfändung bei ihm vorgenommen, und dann ist die gepfändete Person im Hause dessen, der sie gepfändet, eines natürlichen Todes gestorben, so entstehen daraus keinerlei rechtliche Ansprüche.

§ 116. Gesetzt, die gepfändete Person ist im Hause dessen, der sie gepfändet, infolge von Schlägen oder auch infolge schlechter Behandlung gestorben, so soll der Eigentümer der gepfändeten Person seinen Gläubiger überführen; dann wird man, gesetzt, es war ein Kind des Betreffenden, ein Kind von ihm (dem Gläubiger) töten, gesetzt, es war ein Sklave des Betreffenden, so soll er $\frac{1}{3}$ Mine Silber darwägen; auch geht er alles dessen, was er gegeben (= geliehen) hatte — mag es sein, was es will — verlustig.

---

[10]) Jeremias a. a. O.

III. Bundesbuch und Talmud.

I. Recht des Bundesbuchs.

Literatur. Benutzt sind von den Kommentaren: Keil und Delitsch, Biblischer Kommentar über das Alte Testament Bd. I: Keil, Genesis und Exodus. Leipzig 1861. — Dillmann, Kurzgefaßtes exegetisches Handbuch zum Alten Testament Bd. XII: die Bücher Exodus und Leviticus, 3. Aufl. von Ryssel, 1897. — Kurzgefaßter Handkommentar zum Alten Testament, herausg. von Marti: Exodus erklärt von Holzinger, 1900. — Handkommentar zum Alten Testament von Nowack 1, 2: Exodus, Leviticus und Numeri von Bruno Baentsch, 1900. — Johann Weiß, Das Buch Exodus. Graz-Wien 1911 (kath.). — Ferner: Saalschütz, Das mosaische Recht unter Berücksichtigung des späteren jüdischen, 2 Teile. Berlin 1848. — Abraham Geiger, Urschrift und Uebersetzungen der Bibel in ihrer Abhängigkeit von der inneren Entwicklung des Judentums. Breslau 1857. — Samuel Mayer, Die Rechte der Israeliten, Athener und Römer, 2. Bd. (Das Privatrecht), 1866. — Rothstein, Das Bundesbuch und die religionsgeschichtliche Entwicklung Israels, Habilitationsschrift. Halle 1888. — Bruno Baentsch, Das Bundesbuch, 1892. — August Klostermann, Der Pentateuch, Beiträge zu seinem Verständnis und seiner Entwicklungsgeschichte. Neue Folge, 1907. — Arnold B. Ehrlich, Randglossen zur hebräischen Bibel Bd. 1: Genesis und Exodus, 1908. — Siehe ferner die oben zum Gesetzbuch Hammurapis aufgeführten Schriften, die meist, wenngleich flüchtig genug, das mosaische Recht mit berücksichtigen. — Uebersetzungen: Kautzsch, Die heilige Schrift des Alten Testaments, 3. Aufl., 1909/10; auch den Kommentaren von Baentsch und Weiß ist eine Uebersetzung beigegeben. — Ueber die alten Bibelübersetzungen siehe Hermann Strack, Einleitung in das Alte Testament, 6. Aufl., 1906, S. 205 ff. Die mitgeteilten lateinischen Versionen nach der Polyglottenbibel. London 1657. Bd. 1 u. 4, dazu Strack 200.

Das Bundesbuch enthält Ex. 22, 6—14 Normen über die Haftung des Vertragschuldners, sie sind aber zum Teil so kurz gefaßt, vielleicht auch bei der Redaktion zerrüttet worden, daß eine sichere Erkenntnis des Haftungssystems in allen seinen Teilen nicht möglich ist. Wir geben zunächst eine möglichst wortgetreue Uebersetzung dieser Normen; die vorhandenen Uebersetzungen sind für den Juristen fast durchweg zu frei.

Vers 6. Wenn ein Mann seinem Nächsten Gold oder Kostbarkeiten zum Hüten gibt, und es wird gestohlen aus dem Hause dieses Mannes, so soll, wenn der Dieb entdeckt wird, dieser doppelten Ersatz leisten.

Vers 7. Wird der Dieb aber nicht entdeckt, so soll der Hausherr sich nähern zu der Gottheit, ob er nicht seine Hand ausgestreckt hat nach der Sache seines Nächsten.

Vers 8. In betreff jedes Schadens über Rind, Esel, Kleinvieh, Kleid, in betreff alles Verlorenen, wovon man sagt: das ist es!, an die Gottheit soll kommen die Sache beider; wen die Gottheit für schuldig erklärt, soll seinem Nächsten doppelten Ersatz leisten.

Vers 9. Wenn einer seinem Nächsten einen Esel oder einen Stier oder ein Schaf oder sonst ein Tier zum Hüten gibt und es stirbt oder bricht ein Glied oder wird gefangen genommen, ohne daß einer es sieht,

Vers 10. so soll der Jahwe-Eid zwischen beiden sein, ob er nicht nach dem Gute seines Nächsten die Hand ausgestreckt hat, und der Eigentümer soll annehmen, und jener soll keinen Ersatz leisten.

Vers 11. Wird aber das Tier dem Hüter von einem Diebe gestohlen, so hat er es zu ersetzen.

Vers 12. Wird aber das Tier (von einem Raubtier) zerrissen, so soll er es als Zeugen herbeibringen: er wird nicht bezahlen.

Vers 13. Wenn einer etwas vom Nächsten erbittet und es wird gebrochen oder stirbt und sein Herr ist nicht dabei, so soll er es ersetzen.

Vers 14. a) Wenn sein Herr dabei ist, so braucht er nicht zu ersetzen.

b) Wenn gemietet ist, so kommt es auf seinen Lohn.

Schon eine flüchtige Durchsicht dieser Vorschriften ergibt ohne weiteres zweierlei: 1. das Bundesbuch kennt Abstufungen der Haftung, stellt nicht, wie das indische Recht, alle Vertragsschuldner gleich; 2. dabei hat es in weitem Umfange von der Zufallshaftung Gebrauch gemacht. Eine vorsichtige Exegese wird aber noch eine ganze Reihe von Einzelheiten wahrscheinlich machen können.

1. Haftung des Depositars[11]).

Vom Verwahrer handeln unzweideutig die Verse 6 und 7; man darf aus ihnen als sicher entnehmen:

---

[11]) Vgl. Mayer S. 242; Müller, Gesetze Hammurabis S. 113 Cook S. 270.

1. Der Verwahrer haftet, wenn die hinterlegte Sache von Dritten entwendet wird, seinem Deponenten nicht schlechthin auf Rückgabe, sondern nur dann, wenn ihm dabei ein Dolus zur Last fällt.

2. Von dem Verdachte des Dolus kann er sich durch ein Ordal reinigen.

3. Zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Verwahrung wird nicht unterschieden, und die Unterscheidung darf auch nicht, wie dies die spätere dogmatisierende Jurisprudenz getan hat [12]), in den Text hineingetragen werden [13]).

Zweifelhaft und bestritten ist es dagegen, worin das Ordal bestanden hat. Die herrschende Lehre läßt den Depositar einen Reinigungseid schwören [14]), freilich aber ist im Texte von einem Eide nichts gesagt, und der Analogieschluß aus Vers 10 ist keineswegs zwingend [15]); andere haben denn auch hier an ein Losordal denken wollen [16]). Der Streit hat für unsere universalrechtliche Betrachtung nur sekundäre Bedeutung, da ja zweierlei feststeht: einmal, daß auch der Eid ein Ordal ist [17]), und ferner, daß schon die spätere jüdische Jurisprudenz die Stelle als vom Reinigungseid redend verstanden hat; darauf wird noch bei der Erörterung des Talmud-

---

[12]) Siehe Mayer a. a. O. und unten S. 163.

[13]) Mit Unrecht will Müller S. 113, N. 3 die dogmatische Auslegung auch als historische annehmen und unsere Normen nur auf die unentgeltliche Verwahrung beziehen.

[14]) So Mayer a. a. O.; Dillmann S. 263; Weiß S. 187; Rothstein S. 33, Kautzsch (3. Aufl.) S. 115 N. p.; Adalbert Merx, Die Bücher Moses und Josua (Religionsgeschichtliche Volksbücher, herausg. v. Schiele II, 3, 1907) S. 29.

[15]) Vgl. Klostermann S. 511, N. 4.

[16]) So Graf, Zeitschrift der deutschen morgenländischen Gesellschaft 18, 311 (1864); Baentsch, Exodus S. 198; Ehrlich, Randglossen 1, 352. Aehnlich Holzinger S. 89; Keil S. 476, die jedenfalls den Eid leugnen.

[17]) Hirzel, Der Eid (1902) S. 176 ff.

rechts zurückzukommen sein[18]), es ergibt sich aber auch bereits aus den alten Bibelübersetzungen.

Thargum Onkelos: Si autem fur non fuerit inventus, accedat dominus domus in conspectum iudicum, si non extendit manum suam in illud quod tradidit illi proximus suus.

Thargum Jeruschalmi: Si non inventus fuerit fur, tum adducetur dominus ante iudices et iurabit quod non extenderit manum suam ad negotium proximi sui.

Wie Tharg. Jer. auch Septuaginta und Vulgata sowie die syrische Version; die samaritanische entspricht dem Th. Onk.

Der Vers 8 unseres Textes redet nicht mehr von der Haftung des Depositars, wenn Dritte die anvertraute Sache entwendet haben, sondern von der Haftung des Entwendenden.

Der Zusammenhang mit Vers 7 ist daher, wie allseits anerkannt wird, ein äußerst loser[19]): in beiden Fällen entscheidet das Ordal. Manche Schriftsteller haben daher den Vers 8 ganz aus diesem Zusammenhang entfernen wollen[20]), aber notwendig ist das nicht[21]): es ist wohl möglich, daß das Ordal in Vers 7 für den alten Redaktor das Stichwort war, bei dem er sich an den Fall des Vers 8 erinnerte, in dem das gleiche Ordal zur Verwendung kam. Jedenfalls aber hat der Vers 8 aus unserer Betrachtung ganz auszuscheiden.

2. Haftung des Hirten.

Von ihr handeln die Verse 9—12. Von alters[22]) hat es hier Schwierigkeiten gemacht, daß in Vers 9 bei „Gefangen-

---

[18]) Unten S. 161 ff.

[19]) Unrichtig die Vulgata, die die beiden Verse eng verknüpft: Si latet fur, dominus domus applicabitur ad deos et iurabit quod non extenderit manum in rem proximi sui ad perpetrandam fraudem, tam in bove, quam in asino et ove ac vestimento, et quidquid damnum inferre potest: ad deos utriusque causa perveniet. Dagegen mit Recht Weiß S. 187.

[20]) Rothstein S. 33 f.; Baentsch, Bundesbuch S. 42; Cook S. 218, 226.

[21]) Holzinger S. 90.

[22]) Thargum Jeruschalmi sucht den Widerspruch dadurch zu be-

nahme" der Tiere der Hirt frei ausgehen soll, wenn er den Reinigungseid leistet, in Vers 11 aber, damit anscheinend in Widerspruch, eine unbedingte Haftung des Hirten wegen Entwendung ausgesprochen wird; noch jüngst hat deshalb Kautzsch[23]) in Vers 9 die Worte „oder wird es gefangen genommen" als Glossem streichen wollen. Die herrschende Auslegung aber hält diese Worte mit Recht für echt und versteht darunter die Wegnahme der Tiere durch Räuber und Feinde. Gerade dem rechtsvergleichenden Betrachter muß diese Auslegung überaus plausibel erscheinen; der Hirt soll nach Vers 9 und 11 haftfrei sein beim natürlichen Tod des Tieres und bei der Vernichtung durch Raubtiere, beides deutliche und beinahe aus allen primitiven Rechten bekannte Fälle der höheren Gewalt, in diesen Kreis paßt vortrefflich die Wegnahme durch Räuber oder Feinde. Richtig ist, daß der Ausdruck des Textes „gefangen genommen (oder weggeschleppt) werden" zweideutig ist, doch selbst dafür liefern andere Rechte Parallelen: so schließt L. 127 des syrisch-römischen Rechtsbuches die Haftung des Verwahrers für „Erbeutetes" aus, die Parallelstellen der anderen Versionen aber belehren uns, daß damit die Wegnahme durch Räuber und Feinde gemeint ist[24]). Anderseits ist bei dieser Auslegung auch der Vers 11 dem Rechtsvergleicher ohne weiteres verständlich: der Hirt haftet bis zur Grenze der höheren Gewalt, der Verlust durch

---

seitigen, daß es Vers 9 u. 10 vom unentgeltlichen, Vers 11 vom entgeltlichen Hirtenvertrag versteht: Cum dederit vir socio suo asinum aut bovem aut ovem aut omnem bestiam ad custodiendum, si absque mercede custodierit, et mortuum fuerit, aut fractum a fera, aut captum, et nullus testis viderit qui hoc testetur: iusiurandum domini erit inter ambos ipsos, iurabit quod non extenderit manum suam in negotium proximi sui: et accipiet dominus eius rei ab ipso iusiurandum et non reddet. Quod si furto sublatum fuerit ab eo quod erat apud se mercede constitutum, reddet domino suo. Ueber die talmudische Interpretation siehe unten S. 163, 165.

[23]) S. 115 N. q.

[24]) Unten S. 173.

Diebstahl aber erscheint hier wie so vielen primitiven Rechten als niederer Zufall, der also stets zu vertreten ist. Es ist vollkommen richtig, wenn unsere modernen Erklärer schreiben[25]: „der Hirt ist für den Diebstahl ersatzpflichtig, denn dieser Verlust hätte bei angemessener Achtsamkeit verhüten werden können"; nur verkennen sie die historische Distanz: die primitive Rechtslogik argumentiert allerdings so, keineswegs auch die moderne; in der primitiven Verschuldungshaftung aber steckt allerdings regelmäßig eine Haftung für Diebstahl schlechthin[26].

Der Hirt haftet also grundsätzlich bis zur Grenze der höheren Gewalt: beim Untergang durch den natürlichen Tod oder beim Verlust durch Räuber darf er daher sich durch einen Reinigungseid von jeder Haftung freischwören. Gegen Raubtiere hat er freilich, wie im indischen Recht, das Vieh zu verteidigen, und er muß die Ueberreste des Tieres vorweisen, als Zeichen, daß er pflichtgemäß mit dem Raubtier gefochten hat[27] u. [28].

---

[25]) Dillmann S. 264; Keil S. 476; Baentsch, Exodus S. 200; Weiß S. 186.

[26]) Vgl. diese Zeitschr. XXV, 461, 473.

[27]) Siehe dazu Weiß, S. 188; Kautzsch S. 115 N. r. — Was in Vers 10 zu „soll annehmen" als Objekt zu denken ist, ob der Eid oder das zerrissene Tier, kann hier dahingestellt bleiben. Siehe darüber Dillmann S. 264; Holzinger S. 90; Baentsch, Exodus S. 199; Weiß S. 188.

[28]) Ganz anders faßt die Verse 9—12 auf Geiger S. 191—193; ihr ursprünglicher Sinn ist seiner Ansicht nach der gewesen: verschiedene Haftungsnormen bestanden, je nachdem der Hirt behauptete: 1. das Tier sei gestorben; oder 2. es sei von einem Raubtier zerrissen worden; oder 3. es sei von Dieben oder Räubern weggeschleppt worden. Im Fall 1 habe der Hirt schwören dürfen, daß er zu dem Tode nicht beigetragen habe; der Eigentümer habe sich dann mit dem Aase begnügen müssen. Im Fall 3 habe der Hirte stets Ersatz leisten müssen. Im Fall 2 brauchte der Hirte nur nachzuweisen, daß das Vieh wirklich zerrissen worden ist, um ersatzfrei zu sein. Daß der Eid nur im ersten Falle zulässig gewesen sei, schließt Geiger aus den Worten „soll an-

Für die so umschriebene formale culpa-Haftung des Hirten liefert das Alte Testament noch einige weitere Belege:

Amos 3, 12: So spricht Jahwe: wie ein Hirt aus dem Rachen eines Löwen ein Paar Unterschenkel oder ein Ohrläppchen rettet, so sollen die Israeliten gerettet werden.

1. Samuel 17, 34 f. wird offenbar der vollkommene Hirte geschildert: David entgegnete Saul: Dein Sklave hütete seinem Vater die Schafe: wenn da ein Löwe oder ein Bär kam und ein Schaf von der Herde forttrug, so lief ich ihm nach und schlug ihn und riß es ihm aus dem Rachen.

Genesis 31, 39 erklärt Jakob dem Laban: Was zerrissen ward, habe ich dir nicht gebracht, ich selbst mußte es ersetzen; von mir fordertest du es, mochte es nun bei Tage oder bei Nacht geraubt sein[29].

Man hat die Frage aufgeworfen, warum der Hirt strenger hafte als der Verwahrer der Verse 6 und 7, und man hat gemeint, daß dies „bloß darin seinen Grund habe, daß zwischen unentgeltlicher Aufbewahrung und belohnter Hut ein Unter-

---

nehmen“ des Verses 10: wenn man nämlich mit Geiger als Objekt zu diesen Worten „das Tier“ nimmt, so kann sich allerdings der Vers 10 nicht auch auf den Fall der Wegnahme des Viehs durch Räuber beziehen, weil dann ja natürlich das Vieh nicht mehr zur Stelle ist. Erst später hat man — nach Geiger — den Eid auch im Falle 3 zugelassen, und nun habe sich erst die Notwendigkeit herausgestellt, zwischen Raub und Diebstahl zu unterscheiden, um nicht mit Vers 11 in Widerspruch zu kommen. — Diese, soviel ich sehe, von niemandem angenommene Auslegung führt zu dem juristisch bedenklichen Ergebnis, daß für den Einfall von Räubern und Feinden stets gehaftet wird, für den Einfall von Raubtieren aber regelmäßig (falls der Hirt Ueberreste vorweisen kann) nicht. Auch läßt Vers 10 mit keinem Worte erkennen, daß er sich nicht auch auf den Fall der Wegnahme beziehen wolle. Schließlich ist es keineswegs sicher, daß zu „soll annehmen“ als Objekt „das Tier“ zu denken ist; siehe die vorhergehende Note.

[29]) Diese Stelle wird von Holzinger S. 90, Kautzsch S. 115 N. r dafür angeführt, daß „harte Herren sich an das Recht des Bundesbuchs nicht gekehrt hätten“. Ich meine, Laban handelt ganz dem Rechte des Bundesbuchs entsprechend: Jakob kann von den zerrissenen Tieren keine Ueberreste vorweisen, also muß er vollen Ersatz leisten.

schied gemacht werde“ [30]). Die Tannaiten haben allerdings, wie wir sehen werden [31]), so interpretiert, doch ihre dogmatische Exegese ist für die historische Auffassung unmaßgeblich. Wenn man auch annehmen kann, daß beim Hirten zunächst und vielleicht ausschließlich an den besoldeten Hirten gedacht ist, so fehlt doch, wie schon hervorgehoben, jede Andeutung, daß die Verwahrung der Verse 6, 7 eine unentgeltliche sein müsse. Man trifft vielleicht das Richtige, wenn man annimmt, daß es die Verletzung der Berufspflicht ist, die den Hirten strenger behandeln läßt als den Verwahrer aus Gefälligkeit [32]).

3. Haftung des Entleihers [33]).

Von ihr reden, wie man mit großer Wahrscheinlichkeit annehmen darf, die Verse 13 und 14a. Daß hier die Leihe im technisch-juristischen Sinne gemeint ist, bei der der Verleiher also kein Entgelt erhält, möchte einmal aus der Formulierung zu entnehmen sein (erbittet!), außerdem aber auch aus der sehr strengen Haftung: der Entleiher soll haften für Zufall einschließlich der höheren Gewalt, eine Haftung, die uns gerade beim Entleiher auch in anderen Rechten wiederbegegnet [34]). Die Ausnahme, die von dieser strengen Haftung

---

[30]) Dillmann S. 264; Mayer S. 242.

[31]) Unten S. 165.

[32]) So Saalschütz S. 870: „Der Hirt widmet sich ganz der Beaufsichtigung der Herde. Ließ er etwas stehlen, so war er nachlässig in seiner Pflicht. Es liegt aber nicht in der Voraussetzung, daß jemand bei Geld und Geräten fortwährend Wache halten werde; ein Diebstahl konnte demnach hier leicht vorkommen, ohne daß dem Aufbewahrer Schuld beizulegen war.“ Ebenso auch wohl Holzinger. Siehe dazu auch diese Zeitschr. XXV, 478.

[33]) Vgl. Mayer S. 227.

[34]) Diese Haftung ist auch dem Rechtsbewußtsein primitiver Völker gewiß schon als Zufallshaftung erschienen. Verfehlt Weiß S. 189, der auch hier eine Verschuldungshaftung konstruieren will: „Hat der Besitzer dem Entleiher unentgeltlich sein Tier zum Gebrauche überlassen,

bei Anwesenheit des Verleihers gemacht wird, ist für das formalistische primitive Recht charakteristisch, uns übrigens auch schon im indischen Recht begegnet [35]).

4. Haftung des Mieters.

Ueber die Haftung des Mieters läßt sich leider nichts Sicheres ermitteln; als Material steht allein der überkurze Satz Vers 14b zur Verfügung, aus dem nicht einmal mit Sicherheit zu ersehen ist, ob überhaupt von der Miete die Rede ist. Der Jurist möchte freilich erwarten, daß, nachdem von Depositum, Hirtenvertrag und Leihe gesprochen ist, nunmehr die noch fehlende Sachmiete an die Reihe kommt, und es ist auch das Wahrscheinlichere, daß der Schlußsatz von ihr handelt, wie auch viele der neueren Erklärer annehmen [36]). Aber selbst wenn man dies als zugestanden annehmen will, so bleibt immer noch zweifelhaft, wie hoch der Mieter zu haften hat; mit dem Wortlaute sind — was die theologischen Erklärer nicht berücksichtigen — zwei Möglichkeiten vereinbar:

1. Vers 14b redet von den Ereignissen der Verse 13 und 14a, d. h. also von vis maior. Dann würde Vers 14b besagen:

---

so muß letzterer auch die Verantwortung übernehmen. Geschieht ein Unglück, so liegt die Vermutung nahe, daß der Entlehner nicht jene Sorgfalt aufgewendet hat, die er seinem eigenen Eigentum hätte angedeihen lassen (!)".

[35]) Schon die älteren Erklärer haben die Haftfreiheit des Entleihers bei Anwesenheit des Verleihers richtig erklärt; siehe Cornelius a Lapide, Commentaria in Pentateuchum 1 (Venetiis 1761), S. 367: ... quia domino animalis praesente minuitur cura et vigilantia commodatoris ... quia dominus praesens suae rei curam habere debet; si ergo ipse perire eam sinat, id ei imputetur. Quod si ipse omni sua cura et conatu non possit rem servare, sed ipsa casu pereat, huiusce casus ipse sit testis videatque commodatarium esse innocentem.

[36]) So Dillmann S. 264 unten; Holzinger S. 90; Ehrlich, Randglossen I, 354; Müller, Gesetze Hammurabis S. 163; jetzt auch Kautzsch (3. Aufl.) S. 115 N. s.

der Mieter haftet nicht für höhere Gewalt, die vis major kommt auf den Lohn, „natürlich nicht, weil der Schaden durch den Mietpreis gedeckt ist, sondern weil der Besitzer, der ein Tier für Geld ausleiht, also den Nutzen von ihm hat, auch das Risiko tragen mag“ [37]).

2. Es könnte aber auch sein, daß Vers 14b von jedem schädigenden Ereignis reden will, dann würde der Mieter überhaupt nicht haften (von dolus vielleicht abgesehen), alles würde „auf den Mietzins kommen“.

Welche der beiden Alternativen zu wählen ist, läßt sich nicht ausmachen; daß im Recht der Mischna sich, wie unten zu zeigen [38]), die erste findet, läßt keinen sicheren Rückschluß zu.

Sicher aber ist es, wie schon gesagt, keineswegs, daß Vers 14b überhaupt von der Miete redet; andere übersetzen: Wenn es ein Tagelöhner (Mietling) ist, der ein Tier seines Herrn zu Schaden gebracht hat, so kommt der Schaden auf seinen Lohn, d. h. er muß abverdient werden, oder wird auf den Lohn in Anrechnung gebracht [39]). Jedenfalls würde dann der Vers gar nicht in diesen Zusammenhang gehören, er spräche dann nicht von dem Grade der Schadenshaftung, sondern von der Art des Schadensersatzes [40]), freilich bei einem so zerrütteten Texte kein besonders starkes Gegenargument. Noch anders hat die Stelle neuestens Klostermann [41]) auffassen wollen; er verbindet 14b mit 14a und liest: Ist aber sein Besitzer bei ihm, so soll er es nicht erstatten, wenn man ihn als Tagelöhner hat kommen lassen für seinen Lohn.

---

[37]) So richtig Holzinger a. a. O. gegen Kautzsch (2. Aufl. 1896), Beilage, S. 2; Baentsch, Exodus S. 200. Vgl. auch Ehrlich, Randglossen I, 354; Dillmann S. 265.

[38]) Unten S. 167 f.

[39]) Baentsch, Exodus a. a. O.; Kautzsch, Beilage S. 2; Geiger S. 191.

[40]) Richtig Baentsch, Exodus S. 200.

[41]) A. a. O. S. 511.

Die Situation ist bei dieser Auslegung gerade herumgedreht. Bei der eben besprochenen Auffassung handelte es sich um folgenden Fall: ich miete einen Tagelöhner A, dieser beschädigt mein Vieh; nach Klostermann ist der Fall so zu denken: ich entleihe mir von A ein Tier, und miete A zugleich als Tagelöhner. Diese Auslegung nähert sich der späteren rabbinischen, daß sie die historisch richtige ist, möchte ich bezweifeln [42]).

Die Auslegungsschwierigkeiten sind alt, wie ein Blick auf die alten Uebersetzungen zeigt:

Tharg. Onkelos: Et quando mutuo acceperit vir a proximo suo et confractum fuerit sive mortuum, domino suo non existente cum eo, non restituet: si conductum fuerit, computetur pro mercede eius.

Tharg. Jer.: Si dominus eius cum eo fuerit, non reddet: si conducticium fuerit, veniet perditio eius pro mercede sua.

Samar.: Si dominus eius praesens fuerit, non reddet. Si mercenarius est, veniet pro mercede sua.

Syr.: Si dominus sit praesens, non solvet. Et si mercenarius fuerit, mulctabitur in mercede sua.

Septuaginta: ἐὰν δὲ ὁ κύριος ᾖ μετ᾽ αὐτοῦ, οὐκ ἀποτίσει· ἐὰν δὲ μισθωτὸς ᾖ, ἔσται αὐτῷ ἀντὶ τοῦ μισθοῦ αὐτοῦ.

Vulgata (unverständlich): Quod si impraesentarium dominus fuerit, non restituet, maxime si conductum venerat pro mercede operis sui. Weiß will übersetzen: besonders wenn er um Lohn für seine Arbeit gemietet war, dann müßte aber conductus dastehen! Gänzlich unverständlich ist die Uebertragung von Allioli (10. Aufl. v. Augustin Arndt S. J. 1899): wenn aber der Besitzer zugegen war, so soll er nichts ersetzen, besonders wenn es als Lohn für seine Arbeit gemietet war.

Als Ergebnis unserer Untersuchung darf also folgendes Schema bezeichnet werden:

---

[42]) Was Klostermann S. 511, N. 10 zur sachlichen Begründung anführt, kann den Juristen schwerlich überzeugen: „weil sich der Tagelöhner mit seinem Vieh für den von ihm selbst bedungenen Lohn zur Arbeit eingefunden hat, so arbeitet er faktisch für seinen eigenen Gewinn und trägt also auch den dabei sich ereignenden Schaden“.

Depositar (entgeltlich wie unentgeltlich) haftet für Dolus;
Hirt . . . . „ „ formale culpa;
Entleiher . . . . „ „ jeden Zufall;
Mieter . . . . „ zweifelhaft, ob wie der Depositar oder wie der Hirt.

II. Recht des Talmud.

Ueber Quellen und Literatur im allgemeinen orientiert Hermann Strack, Einleitung in den Talmud, 4. Aufl., 1908. Zugrunde gelegt ist die Uebersetzung von Lazarus Goldschmidt, Der Babylonische Talmud mit Einschluß der vollständigen Mischna, namentlich Bd. 6 (1906), der den Traktat Baba Mecia enthält. Benutzt sind ferner A. Sammter (Rabbiner), Talmud Babylonicum Tractat Baba Mezia mit deutscher Uebersetzung und Erklärung. Berlin 1876 (Strack 152). — Rabe, Mischna T. 4—6 Onolzbach 1762 (Strack 144). Aus der Literatur ist benutzt: Kohler, Darstellung des talmudischen Rechts, diese Zeitschr. 20, 161 ff., insbesondere S. 190 ff. — M. W. Rappaport, Der Talmud und sein Recht, diese Zeitschr. 16, 59 ff. — Goldmann, Die Theorie des Faustpfandvertrages nach jüdischem Recht, diese Zeitschr. 21, 197 ff. — Rabbinowicz, Legislation civile du Talmud T. 3 (Baba Metzia). Paris 1878. Introduction S. 34—45. — Saalschütz, Das mosaische Recht mit Berücksichtigung des späteren jüdischen. Berlin 1848, S. 867 ff. — Samuel Mayer, Die Rechte der Israeliten, Athener und Römer, Bd. 2 (Das Privatrecht), 1866. — Ohne Wert ist für uns H. B. Fassel, Das mosaisch-rabbinische Zivilrecht, 2 Bde., 1852—54. Eine treffliche knappe Uebersicht über die Lehre von den vier Hütern gibt Lewis N. Dembitz in der Jewish Encyclopedia Art. Bailment Vol. 2 (1902), S. 456 ff.

Auf so unvollkommener gesetzlicher Grundlage entwickelte die Jurisprudenz vermittels energischer dogmatischer Interpretation der Vorschriften des Bundesbuchs das überaus klare und folgerichtige Haftungssystem, das uns in der Mischna überliefert ist. Die beiden Hauptstellen sind die folgenden:

Baba Mecia 7, 8, Babyl. Talmud 93a, Goldschmidt S. 812 (übereinstimmend mit Schebuot 8, 1, Goldschmidt Bd. 7, S. 788). Es gibt viererlei Hüter: der unbezahlte Hüter, der Entleiher, der Lohnhüter und der Mieter. Der unbezahlte Hüter kann in allen Fällen schwören, der Entleiher muß in allen Fällen bezahlen, der Lohnhüter und der Mieter

können schwören, wenn (das anvertraute Vieh) einen Bruch erlitten hat, gefangen genommen oder verendet ist, und müssen bezahlen bei Verlust und Diebstahl.

Baba Mecia 7, 9 u. 10, Babyl. Talmud 93b, Goldschmidt S. 814 f.: Ein Wolf ist keine höhere Gewalt[43]), zwei Wölfe sind höhere Gewalt. R. Jehuda sagt, zur Zeit einer Wolfsplage gilt auch ein einzelner Wolf als höhere Gewalt. Zwei Hunde sind keine höhere Gewalt. Jadduâ der Babylonier sagt im Namen R. Meirs: Wenn sie von einer Seite (kommen), so ist dies keine höhere Gewalt, wenn von zwei Seiten, so ist es höhere Gewalt. Ein Räuber ist höhere Gewalt. Ein Löwe, ein Bär, ein Leopard, ein Panther und eine Schlange sind höhere Gewalt. Dies nur, wenn sie von selbst gekommen sind; wenn er (das Vieh) aber nach einem Ort, wo Scharen von wilden Tieren und Räubern vorhanden sind, geführt hat, so ist dies keine höhere Gewalt. Ist (das Vieh) auf gewöhnliche Weise verendet, so ist dies höhere Gewalt; wenn er es aber gequält hat, und es verendet, so ist dies keine höhere Gewalt. Ist es auf die Spitze eines Felsens gestiegen und abgestürzt, so ist dies höhere Gewalt; wenn er es aber auf die Spitze eines Felsens gebracht hat, und es abgestürzt ist, so ist dies keine höhere Gewalt.

Die Haftung der Vertragschuldner ist hier, wie man auf den ersten Blick sieht, nach dem Utilitätsprinzip abgestuft: der Besitzer, der ausschließlich in fremdem Interesse die Sache inne hat, haftet am geringsten; wer ausschließlich im eigenen Interesse besitzt, am höchsten; eine mittlere Haftung greift Platz, wo ein Interesse des Besitzers und seines Kontrahenten gegeben ist[44]). Im einzelnen ist die Haftung der verschiedenen Vertragschuldner folgendermaßen zu charakterisieren:

---

[43]) Das Wort „ones“ gibt Goldschmidt wenig glücklich, weil viel zu blaß, mit „Unglücksfall“ wieder; viel besser übersetzt es Rabbinowicz mit „accident inévitable“. Es bezeichnet in der Tat, ganz wörtlich und doch auch sachlich korrekt übersetzt, den casus cui resisti non potest, d. h. eben, was wir heute höhere Gewalt nennen. So auch Kohler a. a. O. S. 191.

[44]) Soweit ich bis jetzt sehe, hat das talmudische Recht das Utilitätsprinzip von allen Rechten am folgerichtigsten durchgeführt.

1. Der unentgeltliche Verwahrer[45].

Ueber den Grad seiner Haftung ist in unserer Mischna nichts gesagt, sondern nur hervorgehoben, daß er sich stets durch einen Reinigungseid befreien könne. Man gelangte zu diesem Satze, indem man Exod. 22, 6—7 allein auf die unentgeltliche Verwahrung bezog, obwohl, wie schon oben hervorgehoben, im Texte selbst sich diese Einschränkung nicht fand.

Gemara Baba Mecia 94 b, Goldschmidt 818: Woher dies? (nämlich Mischna 7, 8). Die Rabbanan lehrten: der erste Absatz (in der zitierten Stelle des Bundesbuchs) spricht von einem unbezahlten Hüter, der zweite von einem Lohnhüter und der dritte von einem Entleiher[46].

Im übrigen stimmt die Haftung des unentgeltlichen Verwahrers in der Mischna keineswegs mit der des Bundesbuchs überein. Wie wir früher feststellten, haftet nach dem Bundesbuch der Verwahrer nur für Dolus, wie wir aber aus anderen Stellen der Mischna ersehen, soll er nach ihr auch für Fahrlässigkeit einstehen[47].

Mischna Baba Mecia 3, 10; Babyl. Talm. 42 a, Goldschmidt 613: Wenn jemand seinem Nächsten Geld zur Verwahrung gegeben und dieser es eingebunden und über den Rücken geworfen oder seinem minderjährigen Sohn oder seiner minderjährigen Tochter gegeben oder ungenügend eingeschlossen hat, so ist er ersatzpflichtig, weil er es nicht nach Art der Hüter bewacht hat; wenn er es aber nach Art der Hüter bewacht hat, so ist er ersatzfrei.

Diese Haftung des Verwahrers, die im Sinne unserer Dogmatik in die culpa levis hineinreicht, wird man im Sinne

---

[45]) Vgl. Mayer S. 242; Rappaport S. 62; Kohler S. 190.

[46]) In unserer Verseinteilung (oben S. 151) gesprochen: Vers 6—8 handelt vom unentgeltlichen Hüter, Vers 9—12 vom Lohnhüter, Vers 13 vom Entleiher.

[47]) So auch die in Note 45 Zitierten. Natürlich darf der Verwahrer auch die Abwesenheit der Fahrlässigkeit beschwören. Vgl. Dembitz S. 457.

der jüdischen Juristen zutreffend als Haftung für dolus und culpa lata charakterisieren dürfen[48]), da die culpa levis der Mischna, wie wir alsbald sehen werden, bedeutend mehr umfaßt. Nur beim Depositum irregulare an den Bankier wird wie im indischen Recht strenger gehaftet, wie streng, ob bis zur Grenze, oder einschließlich der höheren Gewalt, war schon den Talmudjuristen zweifelhaft.

Mischna Baba Mecia 3, 11, Babyl. Talm. 43a, Goldschmidt 616: Wenn jemand einem Geldwechsler Geld zur Verwahrung gegeben hat, so darf dieser es, wenn es eingebunden ist, nicht benutzen, daher ist er, wenn es abhanden gekommen ist, nicht ersatzpflichtig; und wenn es lose ist, wohl benutzen, daher ist er, wenn es abhanden gekommen ist, ersatzpflichtig. Wenn aber einem Privatmann, so darf dieser es, einerlei ob es eingebunden oder lose ist, nicht benutzen, daher ist er, wenn es abhanden gekommen ist, nicht ersatzpflichtig. — Ein Krämer gleicht einem Privatmann. — Worte R. Meirs; R. Jehuda sagt, ein Krämer gleiche einem Geldwechsler.

Gemara 43a, Goldschmidt 617: R. Hona sagte: Selbst wenn es durch höhere Gewalt fortgekommen ist (ist er ersatzpflichtig). Es heißt ja aber „abhanden gekommen"?! Nach der Erklärung Rabbas, denn Rabba erklärte: gestohlen, durch bewaffnete Räuber, abhanden gekommen, wenn ein Schiff im Meer untergegangen ist. — R. Nahmann aber sagte: bei höherer Gewalt nicht.

2. Der Entleiher[49]).

Er haftet für Zufall schlechthin, also einschließlich der höheren Gewalt; der Satz ist, wie wir sahen, einfach aus dem Bundesbuch übernommen[50]). Von Interesse ist es, zu sehen, wie sich aus dieser Zufallshaftung ohne weiteres die unbedingte Haftung des Entleihers für seine Leute ergibt, wie gleiches ich für das römische Recht dargetan habe[51]), für das deutsche Recht bereits bekannt ist[52]).

---

[48]) So sehr richtig Dembitz S. 456.

[49]) Vgl. Mayer S. 227; Rappaport S. 63; Kohler S. 191.

[50]) Oben S. 157 f.

[51]) Grünhut 38, 9 ff.

[52]) Statt aller Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts S. 509.

Mischna Baba Mecia 8, 3, Babylon. Talm. 98b, Goldschmidt 833: Wenn jemand eine Kuh verleiht und sie ihm[53]) durch seinen Sohn, seinen Sklaven, seinen Boten oder durch den Sohn, den Sklaven und den Boten des Entleihers geschickt und sie (während des Transportes) verendet ist, so ist (der Entleiher) ersatzfrei. Wenn aber der Entleiher zu ihm gesagt hat: schicke sie mir durch meinen Sohn, meinen Sklaven, meinen Boten, oder durch deinen Sohn, deinen Sklaven und deinen Boten; oder wenn der Verleiher zu ihm gesagt hat: ich schicke sie dir durch meinen Sohn, meinen Sklaven, meinen Boten und der Entleiher ihm erwidert: schicke, und er sie geschickt hat und sie verendet ist, so ist (der Entleiher) ersatzpflichtig. Dasselbe gilt auch von der Rückgabe[54]).

3. Der entgeltliche Verwahrer (Hirt)[55]).

Er haftet bis zur Grenze der höheren Gewalt. Deutlich wird hervorgehoben, daß er einerseits für höhere Gewalt nicht haftet, anderseits für Diebstahl und Verlust (durch niederen Zufall) schlechthin, ohne daß erst noch die Umstände des individuellen Falls Berücksichtigung fänden, einzustehen hat. Im Sinne der Mischna wird man hier von einer Haftung für culpa levis reden müssen[56]): es ist der in der Einleitung gekennzeichnete formale Verschuldungsbegriff, der unsere Zufallshaftung teilweise mit umfaßt. Man gelangte zu dieser Haftung, indem man das im Bundesbuch über den Hirten Bestimmte auf den entgeltlichen Hüter, den Lohnhüter schlechthin, bezog[57]). Unverändert freilich hat man auch sonst die alte Vorschrift des Bundesbuchs nicht übernommen: fallen gelassen wurde das Erfordernis, daß der Hirte beim Zerreißen durch wilde Tiere die Ueberreste des Zerrissenen vorweisen müsse[58]), anderseits

[53]) Dem Entleiher.

[54]) Vgl. dazu D. (13, 6) 10—12 und Grünhut 38, 10 f.

[55]) Vgl. Mayer S. 243; Rappaport S. 62, die aber nur die Quellen paraphrasieren; Kohler S. 191 hebt die Haftung bis zur Grenze der höheren Gewalt scharf hervor.

[56]) So auch Dembitz S. 456.

[57]) Siehe den Text oben S. 163.

[58]) Man las nämlich statt: „so soll er das Zerrissene als Zeugen herbeibringen“ (oben S. 151) „so soll er Zeugen herbeibringen“. Vgl.

wurden — abweichend vom Bundesbuch — auch beim Angriff wilder Tiere Fälle der höheren und niederen Gewalt unterschieden: ein Wolf z. B. ist niederer Zufall, der Hirt haftet also stets. Ein Beleg für diese Rechtsauffassung steckt wahrscheinlich auch in dem berühmten Gleichnis vom guten Hirten (Johannes 10, 12—13), dessen Erklärung, soviel ich sehe, bisher vernachlässigt worden ist.

ἐγώ εἰμι ὁ ποιμὴν ὁ καλός. ὁ ποιμὴν ὁ καλὸς τὴν ψυχὴν αὐτοῦ τίθησιν ὑπὲρ τῶν προβάτων· ὁ μισθωτὸς καὶ οὐκ ὤν ποιμήν, [οὗ οὐκ ἔστιν τὰ πρόβατα ἴδια] θεωρεῖ τὸν λύκον ἐρχόμενον καὶ ἀφίησιν τὰ πρόβατα καὶ φεύγει — καὶ ὁ λύκος ἁρπάζει αὐτὰ καὶ σκορπίζει — ὅτι μισθωτός ἐστιν καὶ οὐ μέλει αὐτῷ περὶ τῶν προβάτων.

Die eingeklammerten Worte des Textes halte ich für interpoliert[59]), und zwar aus zwei Gründen: behält man die Worte bei, so muß man unter dem ποιμήν den Eigentümer verstehen, dem gemieteten Hirten würde anderseits die Bezeichnung ποιμήν abgesprochen, was sicher eine ungewöhnliche Ausdrucksweise ist; vor allem basiert dann das Gleichnis auf der Rechtsauffassung, der gemietete Hirte dürfe sich vor dem Wolfe ohne weiteres flüchten, was weder dem Recht des Bundesbuchs noch dem der Mischna entspricht[60]). Ich halte

---

Thargum Onkelos: si dilaceratum fuerit, afferat testes; Vers. Samar.: adducet testem raptus.

[59]) Ueber andere Interpolationen siehe zuletzt Belser, Textkritische Untersuchungen zum Johannesevangelium, Theologische Quartalschrift 94 (1912), S. 32 ff.

[60]) Jeremias, Moses und Hammurabi S. 28, N. 3 hebt richtig hervor, daß in dem Gleichnis eine Rechtsanschauung zu Tage tritt, seine Behauptung aber: „Der Mietling flieht, weil er den Wolf kommen sieht, nicht allein, weil ihm die Schafe nicht gehören, sondern auch deshalb, weil er nicht haftpflichtig ist" trifft weder für das Recht des Bundesbuchs, noch für das der Mischna zu; nach dem ersteren darf der Hirte nicht fliehen, weil er dem Wolfe Ueberreste abjagen muß, ansonst er haftet; nach dem Recht der Mischna muß er erst recht mit dem Wolfe kämpfen, da er für allen Schaden, den dieser anrichtet, einzustehen hat. Uebrigens würde das Gleichnis (unter Berücksichtigung meiner Textänderung) auch mit dem Rechte des Bundesbuchs harmonieren.

die fraglichen Worte für einen Zusatz eines Lesers, der die Pointe des Gleichnisses nicht mehr verstand, weil ihm seine juristische Grundlage unbekannt war. Der ursprüngliche Text unterschied gewiß zwischen dem (gemieteten) Hirten und dem Mietling, der nicht Hirte ist (Viehbuben z. B.); der letztere darf vor dem Wolf fliehen, er braucht sich nicht um die Schafe zu kümmern, der (gemietete) Hirte dagegen muß mit dem Wolfe kämpfen, sonst haftet er. —

Im übrigen bietet der jüdische Begriff der höheren Gewalt nichts Besonderes. Er ist, wie immer, kasuistisch gefaßt, die Liste aber ist keineswegs vollständig, sondern offensichtlich zunächst nur für die Haftung des Hirten aufgestellt; gelegentlich wird der Schiffbruch als höhere Gewalt aufgeführt [61]), merkwürdigerweise fehlen ganz die Naturereignisse. —

So weit konnte man auf Grund der dogmatischen Interpretation des Bundesbuchs gelangen; noch aber war die Haftung für drei wichtige Vertragsverhältnisse zu regeln: Sachmiete, Werkvertrag und Faustpfandvertrag.

4. Der Sachmieter.

Wenn und da man Exod. 22, 14b nicht auf ihn beziehen wollte [62]), so besagte das Gesetz über ihn gar nichts, die freie Rechtsfindung mußte einsetzen, und es ist begreiflich, daß man erst nach Kontroversen zu anerkannten Ergebnissen gelangte. Wir wissen, daß die Tannaiten R. Meir und R. Jehuda darüber stritten, ob die Haftung des Mieters wie die des unentgeltlichen Verwahrers oder wie die des Lohnhüters zu normieren sei, wenn auch die Ueberlieferung darüber unsicher ist, welche Lehre der eine und welche der andere vertreten hatte.

---

[61]) Siehe oben S. 164 und Rappaport S. 63.

[62]) Man verstand Vers 14b vom Mietling und nicht vom gemieteten Tier. Siehe oben S. 159 f.

Gemara Baba Mecia 93 a, Goldschmidt 812: Wer ist der Autor (der Lehre) von den vier Hütern? R. Nahman erwiderte im Namen des Rabba b. Abuha: Es ist R. Meir. Rabba sprach zu R. Nahman: Gibt es denn jemand, der (von der Lehre) von den vier Hütern nichts hielte[63]? Dieser erwiderte: Ich meine es wie folgt: der Autor, welcher sagt, der Mieter gleiche einem Lohnhüter, ist R. Meir. — Wir wissen ja aber von R. Meir, daß er entgegengesetzter Ansicht ist, denn es wird gelehrt: der Mieter ist verantwortlich, wie R. Meir sagt, gleich einem unbezahlten Hüter und wie R. Jehuda sagt, gleich einem Lohnhüter!? Rabba b. Abuha lehrt es entgegengesetzt.

Die Lehre, die den Mieter wie einen Lohnhüter betrachtet wissen wollte, drang aber durch[64], wie unsere an den Eingang gestellte Mischna zeigt. Der Mieter haftet also für die bekannte formale culpa; nur für Beschädigungen, die der gemietete Gegenstand gerade durch den ordnungsgemäßen Gebrauch erleidet, steht er nicht ein, begreiflich aber, daß der Begriff des „Ordnungsmäßigen" gleichfalls formal gefaßt wird.

Mischna Baba Mecia 6, 3, Talm. 78 a, Goldschmidt 748: Wenn jemand einen Esel gemietet hat, ihn im Gebirge zu führen, und ihn im Tal geführt hat, so ist er, wenn er ausgeglitten ist, ersatzfrei, und wenn er erhitzt worden ist, ersatzpflichtig; wenn aber, ihn im Tal zu führen, und ihn im Gebirge geführt hat, so ist er, wenn er ausgeglitten ist, ersatzpflichtig, und wenn er erhitzt worden ist, ersatzfrei.

Mischna Baba Mecia 6, 4, Talm. 80 a, Goldschmidt 754: Wenn jemand eine Kuh (mit Ackergeräte) zum Pflügen im Gebirge gemietet und mit ihr im Tale gepflügt hat, so ist er, wenn die Pflugschar zerbricht, ersatzfrei; wenn aber im Tal zu pflügen und im Gebirge gepflügt hat, so ist er, wenn die Pflugschar zerbricht, ersatzpflichtig.

---

[63]) Gedanke: „Es ist ja selbstverständlich, daß es vier Hüter (Verwahrer, Lohnhüter, Mieter, Entleiher) gibt, wie kann man da noch groß von einer ‚Lehre von den vier Hütern' reden und nach dem Autor einer solchen Selbstverständlichkeit fragen." Der Einwand ist verfehlt und wird mit Recht zurückgewiesen. Denn nicht darum handelte es sich bei der „Lehre von den vier Hütern", daß zwischen vier Hütern begriffsmäßig unterschieden wird, sondern daß der Grad ihrer Haftung festgestellt, der Sachmieter insbesondere dem Lohnhüter gleichgestellt wird.

[64]) Vgl. Kohler S. 191.

5. Der Handwerker.

Der gleiche Streit wie bei der Sachmiete wiederholt sich beim Werkvertrag und findet auch hier die gleiche Erledigung[65]). Der Handwerker, dem sein Arbeitgeber Material oder Arbeitsgeräte übergeben hat, haftet für diese wie ein Lohnhüter[66]).

Mischna Baba Mecia 6, 6, Talm. 80b, Goldschmidt 757: Alle Handwerker (Akkordarbeiter, die den defekten Gegenstand bzw. das Material ins Haus erhalten) gelten als Lohnhüter.

Mischna Baba Quamma 9, 3, Goldschmidt 366: Wenn jemand Handwerkern etwas zur Reparatur gegeben hat, und sie es verloren haben, so sind sie ersatzpflichtig. Wenn jemand einem Schreiner einen Kasten, eine Truhe oder einen Schrein zur Reparatur gegeben und er sie verloren hat, so ist er ersatzpflichtig.

Mischna Baba Quamma 9, 4, Goldschmidt 373: Wenn jemand einem Färber Wolle (zum Färben) gegeben hat, und der Kessel sie verdorben hat, so muß er ihm den Wert der Wolle ersetzen.

6. Der Faustpfandgläubiger[67]).

Ueber ihn schwieg das Bundesbuch gleichfalls, und so finden wir denn auch über seine Haftung eine ähnliche Kontroverse, wie in den beiden eben betrachteten Fällen. R. Eliezer wollte ihn als unentgeltlichen Verwahrer, andere als Lohnhüter behandelt wissen; die Entscheidung ist hier nicht so unbedingt zugunsten des Lohnhüters ausgefallen, denn in der Mischna ist neben der Lehre, die den Gläubiger wie einen solchen haften läßt, noch eine eigentümliche Mittelmeinung des R. Jehuda[68]) zu Worte gekommen.

Mischna Baba Mecia 6, 7, Talm. 80b, Goldschmidt 757: Wer einem auf ein Pfand geborgt hat, gilt als Lohnhüter. R. Jehuda sagt, borgte

---

[65]) Siehe die Gemara Baba Mecia 80b, Goldschmidt 757.

[66]) Vgl. Mayer S. 236; Kohler S. 191.

[67]) Hierzu besonders Goldmann in der eingangs zitierten Abhandlung.

[68]) Dazu Goldmann S. 204.

er ihm Geld, so gilt er als unbezahlter Hüter, borgte er ihm Früchte, so gilt er als Lohnhüter.

Gemara 81 b, Goldschmidt 762: Es wäre anzunehmen, daß unsre Mischna nicht die Ansicht R. Eliezers vertritt, denn es wird gelehrt: wenn jemand seinem Nächsten auf ein Pfand geborgt hat, so muß er, wie R. Eliezer sagt, schwören und er erhält sein Geld. R. Aquiba sagt, dieser könne zu ihm sagen: du hast mir ja nur auf ein Pfand geborgt, da nun das Pfand verloren gegangen ist, so hast du dein Geld verloren [69] u. [70]).

Faßt man die Ergebnisse zusammen, so darf für die Haftungsstufen der Mischna folgendes einfache Schema aufgestellt werden:

1. Der unentgeltliche Verwahrer	besitzt ausschließlich im Interesse des Deponenten.	haftet für dolus und culpa lata (im jüdischen Sinne).
2. Lohnhüter, Sachmieter, Handwerker, Faustpfandgläubiger	besitzen im eigenen und fremden Interesse.	haften für culpa levis im jüdischen Sinne (für niederen Zufall in unserem).
3. Entleiher	besitzt ausschließlich im eigenen Interesse.	haftet für Zufall (für jeden Zufall in unserem Sinne).

Die weitere Entwicklung, die dieses Haftungsschema in der jüdischen Rechtsgeschichte gefunden hat, darzustellen, liegt außerhalb unseres Plans, hervorgehoben mag nur werden, daß bereits die Diskussionen des Talmuds es in voller Auflösung zeigen, mit der Tendenz, die Zufallshaftung abzumildern.

---

[69]) R. Aquiba faßt also den Pfandgläubiger noch nicht als Lohnhüter, sondern läßt ihn mit dem Untergang der Pfandsache offensichtlich deshalb die Forderung verlieren, weil er das Pfandrecht als reine Sachhaftung auffaßt. So richtig Kohler, diese Zeitschr. XXI, 241. Erst im Anschluß an diese Lehre (und als ihre Einschränkung) muß dann die Auffassung, der Gläubiger sei Lohnhüter, vertreten worden sein.

[70]) Wie es bei einer Differenz zwischen Wert der Pfandsache und Forderungsvaluta zu halten ist, darüber siehe Goldmann S. 205 f.

1. Es werden Versuche gemacht, die Haftung des Lohnhüters auf eine Verschuldungshaftung im Sinne unserer Dogmatik herabzusetzen.

Gemara Baba Mecia 93 b, Goldschmidt 812: Einst weidete ein Hirt Vieh am Ufer des Papaflusses; da glitt eins aus und fiel ins Wasser. Als er darauf vor Rabba kam, sprach er ihn frei, denn er sagte, er hat es bewacht, wie es die Menschen zu bewachen pflegen, und konnte nichts dagegen machen. Abajje sprach zu ihm: Demnach ist er auch ersatzfrei, wenn er in die Stadt geht zu einer Zeit, wenn die Leute zu gehen pflegen!? Dieser erwiderte: Freilich. — Wenn er ein wenig schläft, zur Zeit, wenn die Leute schlafen, ist er also ebenfalls ersatzfrei!? Dieser erwiderte: Freilich.

Offensichtlich will Rabba auf eine Haftung für die im Verkehr erforderliche Sorgfalt hinaus; das wird noch deutlicher in der Opposition, die diese neue Lehre gefunden hat: die Opposition will beim Recht der Mischna beharren, der Lohnhüter soll für culpa haften, aber für eine solche, die mehr umfaßt als die Haftung für Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters [71]), die die Haftung für niederen Zufall im Sinne unserer Dogmatik in sich schließt.

Gemara Baba Mecia 93 b, Goldschmidt 814: R. Hisda und Rabbi b. R. Hona halten nichts von der Lehre Rabbas, denn er (der Herr) kann zu ihm (dem Hirten) sagen: Ich zahle dir deshalb Lohn, damit du ihnen eine besondere Wachsamkeit angedeihen läßt. Der Lastträger Bar-Ada führte einst Vieh über einen Steg des Narasch; da stieß eins ein anderes ins Wasser hinein. Als er darauf vor R. Papa kam, verurteilte ihn der. Jener sprach: Was sollte ich denn tun!? Dieser erwiderte: Du solltest sie einzeln hinüberführen. Jener entgegnete: Weißt du denn von deinem Vetter, daß er sie einzeln hinüberführen konnte [72])!?

---

[71]) Gerade Stellen wie diese zeigen unwiderleglich, wie falsch Puchtas bekanntes Wort (daß über die Sorgfalt eines diligens pater familias hinaus nur die Sorgfalt eines Narren liege) auch historisch betrachtet ist: die Völker kennen eine Haftung, die über die Haftung für im Verkehr erforderliche Sorgfalt hinausgeht, und die sie doch noch als Verschuldungshaftung empfinden.

[72]) Er will sagen: die Tiere einzeln hinüberzuführen, ist doch nicht das Verkehrsübliche.

Dieser erwiderte: Bereits haben darüber andere vor dir geklagt, und niemand achtete auf sie [73]).

2. Die Haftung des Entleihers wird gemildert [74]), er soll, wie der Sachmieter, nicht haften, wenn die Sache durch den ordnungsmäßigen Gebrauch beschädigt oder vernichtet worden ist.

Gemara 96 b, Goldschmidt 828 f.: Sie fragten: Wie ist es, wenn (das Vieh) durch die Arbeit am Körper abgemagert ist (ob der Entleiher auch dafür ersatzpflichtig ist?). Einer von den Jüngeren namens R. Hilqija b. R. Ivja sprach: Demnach müßte, wenn es durch die Arbeit verendet, ersatzpflichtig sein!? Er kann ja zu ihm sagen, er habe es nicht dazu entliehen, um es in den Stall zu stellen!? Vielmehr sagt Raba: Selbstverständlich ist er frei, wenn es durch die Arbeit am Körper abgemagert ist, aber auch wenn es durch die Arbeit verendet ist, ist er ersatzfrei, denn er kann zu ihm sagen, er habe es nicht entliehen, um es in den Stall zu stellen.

Einst lieh jemand eine Axt von seinem Nächsten, und sie zerbrach. Als er darauf vor Raba kam, sprach er zu ihm: Geh, hole Zeugen, daß du damit nicht ungewöhnlich verfahren bist, sodann bist du ersatzfrei. Einst lieh jemand einen Eimer von seinem Nächsten, und er zerbrach. Als er darauf vor R. Papa kam, sprach er zu ihm: Geh, hole Zeugen, daß du damit nicht ungewöhnlich verfahren bist, sodann bist du ersatzfrei.

Das weitere ist hier nicht zu behandeln. Für unsere Betrachtung genügt, was nunmehr als Ergebnis dieser Untersuchung hingestellt werden darf: das jüdische Recht kennt in

---

[73]) Verfehlt sind die Ausführungen, die Rabbinowicz a. a. O. S. 37, N. 1 zu diesen Stellen gemacht hat. Er meint von dem Prinzip, den Lohnhüter bis zur Grenze der höheren Gewalt haften zu lassen: On comprend qu'en pratique elle peut présenter des doutes, et que tout dépend de l'usage; car on ne peut pas admettre que le gardien pour salaire soit responsable d'un accident tout à fait rare, quoique à la rigueur il aurait pu y penser, et la Gemara elle-même ne l'a pas admis. Ainsi Rabbah parle de plusieurs cas où le berger, qui est un gardien pour salaire, est acquitté, quand le dépôt se perd par un accident rare, quoiqu'il ait pu l'éviter; car, dit-il, il a fait tout ce que les bergers sont dans l'usage de faire . . . On voit ici que les docteurs du Talmud se sont conformés à l'usage.

[74]) Vgl. Mayer S. 227; Kohler S. 191 f.

weitem Umfang eine Haftung des Vertragschuldners für Zufall, insbesondere auch in der Form, daß für niederen Zufall bis zur Grenze der höheren Gewalt gehaftet wird, was den jüdischen Juristen freilich als Verschuldungshaftung erscheint; die Haftung ist in den einzelnen Vertragsverhältnissen von alters her verschieden abgestuft, im Recht der Mischna klar und folgerichtig nach dem Utilitätsprinzip.

IV. Das syrisch-römische Rechtsbuch.

Quellen und Literatur: Bruns-Sachau, Syrisch-römisches Rechtsbuch (1880). — Sachau, Syrische Rechtsbücher, 2 Bde. (1907 u. 1908); hierzu Mitteis, Ueber drei neue Handschriften des syrisch-römischen Rechtsbuchs, Abhandlg. d. preuß. Akademie d. Wiss. 1905. — Partsch, Z. d. Savigny-Stift. 28, 423 (rom. Abt.).

Der syrische Spiegel enthält für unser Problem nur ein überaus spärliches Material, ausschließlich nämlich für die Haftung des Depositars. L. 127 bestimmt:

Wenn ein Mann bei einem anderen eine Sache als παραθήκη setzt, und es entsteht zufällig ein Feuer und die Sache verbrennt, indem man weiß, daß in Wahrheit das Feuer in sein Haus gefallen ist, so bezahlt er nicht die bei ihm gesetzte παραθήκη, weil das Feuer sie verzehrt hat. Ebenso ist es auch für das Erbeutete.

Inhaltlich gleichlautende Normen ergeben Arm. 148, RI. 68, RII. 146, RIII. 128, die auch den in L. etwas kurz geratenen Schlußsatz näher erläutern: für Erbeutetes, d. h. von Feinden oder Räubern Weggenommenes, hat der Depositar nicht aufzukommen. Bruns bemerkt in seinem Kommentar zu der Stelle[75]): „Daß der Depositar nicht für den Zufall haftet, ist ein zweifelloser Satz. Als Beispiele sind Feuer und Wegnahme von Räubern angeführt.“ Dazu ist zu sagen: daß der Depositar *nicht* für Zufall haftet, ist nicht für jedes

[75]) A. a. O. S. 294.

Recht ein zweifelloser Satz, Feuer und Eingriffe von Feinden und Räubern aber sind Beispiele der höheren Gewalt, nicht des einfachen Zufalls. Die Norm lehnt also die Haftung für höhere Gewalt ab, und wir möchten hier wie in den früher betrachteten Fällen geneigt sein, daraus auf eine Haftung des Depositars bis zur Grenze der höheren Gewalt zu schließen. Doch gerade hier kann dieser Schluß bedenklich erscheinen. Bereits in römischen Reskripten, auf die schon Bruns hingewiesen hat, wird in ganz der gleichen Weise ausdrücklich eine Haftung des Depositars für höhere Gewalt abgelehnt. In Collatio 10, 9 ist das ohne weiteres verständlich, denn das hier mitgeteilte Reskript handelt, wie Paulus ausdrücklich hervorhebt, vom Speichervermieter, der für custodia und daher in der Tat bis zur Grenze der höheren Gewalt zu haften hat[76]; Collatio 10, 3 und 8 handeln allerdings vom echten Depositum, die ausdrückliche Ablehnung der Haftung für höhere Gewalt muß hier durch die Anfrage, auf die hin das Reskript erging, veranlaßt worden sein, und die Selbstverständlichkeit der Entscheidung wird beide Male durch ausdrücklichen Hinweis auf die bloße Dolushaftung des Depositars hervorgehoben. Es wäre möglich, daß der Verfasser unseres Spiegels diese Reskripte, die im Gregorianus und Hermogenianus Aufnahme gefunden hatten, als Vorlage benutzt hat, ohne zu bedenken, daß seine Formulierung nunmehr die Annahme einer Haftung des Depositars bis zur Grenze der höheren Gewalt nahelegt. Für diejenigen Versionen, die allein die eben erörterte Norm über die Haftung des Depositars enthalten, läßt sich also jedenfalls nicht mit Sicherheit ausmachen, ob der Spiegler wirklich auf eine Zufallshaftung hinauswollte oder nur römische Vorlagen ungeschickt benutzt hat. Anders liegt es aber bei der Version RI., der einen der drei neu aufgefundenen Handschriften des Spiegels. Sie enthält zunächst im § 68 eine L. 127 entsprechende Norm, außerdem aber noch eine

---

[76]) Seckel in Heumanns Handlexikon S. 117.

Vorschrift, für die sich in keiner anderen Version Parallelen finden und die den bisherigen Erklärern Schwierigkeiten bereitet hat. Es ist

§ 55d. Wenn jemand einem anderen ein Depositum oder Geräte zum Aufbewahren übergibt, und die Dinge nun bei den Leuten, bei denen sie deponiert sind, gestohlen werden; wenn dann Leute gefunden werden, welche von den Depositaren des Diebstahls beschuldigt werden, so ist der Eigentümer des Depositums nicht berechtigt, die des Diebstahls angeschuldigte Person zu fassen und zu mißhandeln oder ihr das Seinige abzunehmen, sondern er soll gehen und sich seine Geräte von demjenigen, dem er sie übergeben hat, zurückgeben lassen, und derjenige, der das Depositum angenommen hat, soll Entschädigung leisten für alles, was er (der Deponent von ihm) verlangt.

Mitteis hat in dieser Norm anscheinend einen klaren Rechtsgedanken nicht anerkennen wollen. Er schreibt: „Die Angabe, daß der Deponent, wenn die hinterlegte Sache gestohlen wird, sich an den Depositar halten kann, ist ebenso bedenklich wie der Satz, er dürfe den Dieb nicht fassen und herbeischleppen. Natürlich ist der Dieb nicht fur manifestus, aber die Ansprüche gegen ihn stehen dem Deponenten zu (D. 47, 2, 14, 3), nicht dem Depositar, und das gerade deshalb, weil letzterer grundsätzlich für Diebstahl nicht haftet. (Vgl. auch Collatio 10, 2, 1.) Wie das Rechtsbuch zu dieser Konfusion kommt, ist nicht zu ergründen“ [77]. Partsch glaubt, daß der Spiegler aus seiner klassischen Vorlage einen Rechtssatz abschrieb, „den wir bei der klassischen fiducia cum amico wohl voraussetzen dürfen. Wenn bei dieser der Hinterlegende Eigentum übertrug und selbst nur einen obligatorischen Anspruch auf Rückgabe behielt, konnte er kaum nach allgemeinen Grundsätzen über die actio furti diese gegen den Dieb geltend machen. Es blieb nur der Anspruch gegen den fiduziarischen Eigentümer, welchem, da er für Diligentia (Coll. 10, 2, 2) und also auch für Diebstahl haftete, der An-

---

[77]) A. a. O. S. 45.

spruch gegen den Dieb nach allgemeinen Grundsätzen verblieben sein muß“ [78]).

Partschs Erklärung erscheint uns unhaltbar. Richtig ist, daß der Fiduziar die actio furti hat [79]), für die fiducia cum creditore liefert in dieser Hinsicht D. (13, 7) 22 pr. einen Beleg [80]), richtig auch, daß er für culpa einzustehen hat, aus dieser culpa-Haftung ergibt sich aber keineswegs, daß er stets und schlechtweg für Diebstahl haftet, wie unser Spiegel vorschreibt; eine derartige Haftung wäre gegeben, wenn der Fiduziar für custodia einzustehen hätte, was aber bekanntlich nicht der Fall ist [81]). Indes auch die Auffassung von Mitteis erscheint uns unannehmbar. Die Vorschrift enthält in völlig klarer Formulierung einen Rechtssatz, der uns aus den germanischen Quellen wohl bekannt ist, nämlich den Satz „Hand wahre Hand“: wie im deutschen Recht die Anefangsklage, so wird hier die Diebstahlsklage dem Vertrauensmanne unter Ausschluß des Eigentümers zugesprochen, und dort wie hier erscheint als Korrelat zu dieser Legitimationsordnung eine unbedingte Haftung des Vertrauensmannes gegenüber dem Anvertrauenden für den Diebstahl [82]). Diese strenge Haftung des Depositars paßt vortrefflich zu der Norm

---

[78]) A. a. O. S. 427.

[79]) Aber auch nicht nach allgemeinen Grundsätzen, sondern als Ausnahme von diesen. Denn nach den Grundsätzen des klassischen Rechts müßte der Fiduziant die Klage haben, da er die Diebstahlsgefahr trägt. Vgl. Savigny-Zeitschr. XXXII, 26. Das Eigentum genügt zur Legitimation nicht, denn Verkäufer und Stipulationsschuldner erhalten die Klage nur, wenn sie die Diebstahlsgefahr tragen. Savigny-Zeitschr. XXXII, 32 u. 71. Aber allerdings schwanken die Klassiker auch bei der Stipulation, ob nicht die Klage dem Schuldner und Eigentümer wie hier dem Fiduziar zuzusprechen sei, auch wenn er nicht die Diebstahlsgefahr trägt. Vgl. Savigny-Zeitschr. XXXII, 32 f.

[80]) Dazu Savigny-Zeitschr. XXXII, 58.

[81]) Vgl. Seckel a. a. O., S. 118.

[82]) Siehe vorläufig nur Rauch, Spurfolge und Anefang in ihren Wechselbeziehungen S. 40 f.

des § 68 (der dem oben mitgeteilten § 127 L entspricht): der Depositar haftet nicht für höhere Gewalt, positiv gewendet, er haftet für niederen Zufall, als dessen Typus hier wie so oft der Verlust durch Diebstahl erscheint.

Woher der Spiegler den Satz des § 55d geschöpft hat, läßt sich mit Gewißheit nicht sagen. Römisch ist er natürlich nicht, auch dem Gesetzbuch Hammurapis entspricht er, wie früher wahrscheinlich gemacht, nicht[83]). Möglich ist ein griechischer Einschlag, denn jedenfalls das Recht von Gortyn scheint den Depositar schlechthin zur Rückgabe zu verpflichten, ihn also auch für Zufall einstehen zu lassen.

Αἴ κα τετράπος (ἤ) ὄνν[ι]θα παρκατα(θ)[ε]μένωι ἢ κρησάμενος ἢ [ἄλ]λαι δεκσάμ[ενο]ς μὴ νυνατὸς εἴη αὐτ[ὸν ἀ]ποδόμην, τὸ ἁ[πλόον κατασ]τασεῖ.

Wenn jemand ein vierfüßiges Tier oder Geflügel als Depositum oder zur Leihe oder sonstwie empfangen hat, und er ist nicht im stande, das Tier selbst zurückzugeben, so wird er den vollen Wert ersetzen[84]).

V. Das grusinische Recht.

Im folgenden werden untersucht die national-grusinischen Normen im Gesetzbuch König Wachtangs VI. Es sind dies das Gesetz Georgs V. (1318—1346), das Gesetz des Attabegen Beka (1361—1391) und seines Enkels Agbugha (1444—1451), ein Kanon des Katholikos Malakja und Eudemon, endlich das Gesetz Wachtangs vom 15. Februar 1723. Die anationalen (griechischen, armenischen und mosaischen) Bestandteile bleiben unberücksichtigt. — Siehe über das Gesetzbuch vor allem Felix Holldack, Zwei Grundsteine zu einer grusinischen Staats- und Rechtsgeschichte (1907), S. 91 ff. — Ueber Beeinflussung durch andere Rechte daselbst S. 106 ff. und Festgabe für Güterbock S. 507 ff. (1910).

---

[83]) Oben S. 146.

[84]) Vgl. Dareste, Haussoullier et Reinach, Recueil des inscriptions juridiques grecques I, 394, 485 f. Beauchet, Histoire du droit privé de la république athénienne 4, 229. Die Vermutung Beauchets S. 328, daß im attischen Recht der Depositar nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einstand, ist ohne Beleg und sehr unwahrscheinlich. Lipsius, Das Attische Recht und Rechtsverfahren 2, 2 (1912), S. 729, 737 geht auf die Haftungsfragen nicht ein.

Das Gesetzbuch ist zunächst nur in einer russischen Uebersetzung benutzbar: Frenkel und Bakradze, Sammlung der Gesetze des grusinischen Zaren Wachtang VI. Tiflis 1887. (Dazu Holldack, Rechtsgeschichte S. 103.) Nach diesem Text hatte Felix Holldack die Güte, auf meine Bitte die nachstehend mitgeteilten Uebersetzungen anzufertigen.

Zur sachlichen Interpretation: Klutmann, Analyse des nationalgrusinischen Obligationenrechts im Kodex König Wachtangs VI., diese Zeitschr. 21, 425 ff., namentlich 458 ff.

Da der Text des Gesetzbuchs Wachtangs VI. uns zunächst nur in einer russischen Uebersetzung im Druck vorliegt, und auch dieses Buch überaus selten ist, so erscheint es angemessen, die hier zu untersuchenden Normen zusammenhängend in Uebersetzung vorauszuschicken [85]).

Gesetz Wachtangs.

§ 149: Wenn irgend eine Sache, die einem anderen zur Aufbewahrung oder zur Beförderung an irgend einen anderen Ort übergeben wurde, mit anderen dem letzteren gehörigen Sachen vom Feinde geraubt, durch Feuer vernichtet oder von einem Diebe gestohlen wird, so ist dieser jeglicher Verantwortung ledig. Wird ein solcher Verlust durch seine Nachlässigkeit verschuldet oder leugnet er beim Tode desjenigen, der ihm jenen Gegenstand anvertraute, letzteren in Empfang genommen zu haben, so muß man mit Hilfe von Zeugen oder mittels einer Untersuchung die Wahrheit erforschen, damit kein Unschuldiger leide.

§ 207: a) Wer von einem anderen einen Gegenstand für einige Zeit in Verwahrung oder Gebrauch nimmt, unter der schriftlich oder vor Zeugen abgegebenen Zusicherung, daß der ihm anvertraute Gegenstand nicht abhanden kommen werde, sofern er sein Eigentum durch den Feind, durch Feuer, Wasser, Diebe oder sonstiges Unglück nicht einbüßt, und darauf sein Besitz, samt dem ihm anvertrauten Gegenstande, aus einer der oben verzeichneten Ursachen verliert, der ist von jeglicher Verantwortung befreit.

Allein, wenn der Vollmachtgeber nicht glaubt, daß jener sein Eigentum eingebüßt habe und den Verlust des anvertrauten Gegenstandes dessen Fahrlässigkeit zuschreibt, so muß jener die Wahrheit seiner Aussage, je nach dem Werte des anvertrauten Gegenstandes, vor glaubwürdigen, von den Richtern gebilligten Zeugen bekräftigen.

---

[85]) Um kurz und genau zitieren zu können, habe ich die sehr langen Paragraphen in kurze Absätze zerlegt.

Hat derjenige, welchem der Gegenstand anvertraut wurde, kein Eigentum eingebüßt und bloß jenen Gegenstand verloren, so muß er dem Vollmachtgeber vollen Ersatz leisten.

b) Wer einen fremden Gegenstand ohne irgendwelche Abmachung für einige Zeit in Verwahrung oder in Gebrauch nimmt, muß dem Besitzer desselben Entschädigung leisten, auch wenn er durch Feuer, Wasser, feindliche Ueberfälle oder Diebe von Unglück betroffen wird. Obschon der Besitzer in solchen Fällen gar keine Entschädigung fordern sollte, so muß er, wenn er die obwaltenden Umstände nicht in Betracht zieht und seine Forderung stellt, für die Hälfte des von ihm anvertrauten Gegenstandes entschädigt werden, da es sich um unvorsätzlichen Verlust handelt.

c) Wenn irgend jemand einem anderen irgend einen Gegenstand in Verwahrung gibt, und letzterer wird von seinem eigenen Herrn oder dem Zaren mit der Einbuße seines gesamten Besitzes bestraft, bei welcher Gelegenheit auch der ihm anvertraute Gegenstand konfisziert wird, so hat der Besitzer desselben das Recht, von jenem volle Entschädigung zu fordern, es sei denn, daß er mit ihm aus Freundschaft oder Verwandtschaft in seinem Unglück Mitleid hat.

d) Wenn jemand den Gegenstand eines anderen in Verwahrung genommen hat, letzterer bittet den Gegenstand wieder zurückzunehmen und dieses nicht geschieht, so hat er nicht die volle Entschädigung zu leisten, wenn der Gegenstand abhanden gekommen ist.

§ 210: a) Wer sich einen fremden Menschen zur Dienstleistung erbittet, der muß ihn dem Besitzer auf Verlangen wieder zustellen.

b) Stirbt dieser Mensch natürlichen Todes, so trägt er hierfür keine Verantwortung.

c) Für seine Flucht oder Gefangennahme durch Räuber ist er dem Besitzer verantwortlich: denn wenn er bemerkt hat, daß dieser Mensch nicht bei ihm bleiben wollte oder unvorsichtig ist, warum warnte er dann nicht den Besitzer? oder warum schickte er ihn an einen Ort, wo er von Räubern ergriffen werden konnte?

d) Wenn dieser Mensch aus freien Stücken irgendwohin geht und unterwegs Räubern in die Hände fällt, so ist derjenige, welcher ihn unter Aufsicht oder zu Dienstleistungen bei sich hatte, von jeder weiteren Verantwortlichkeit entbunden, wenn er dem Besitzer eidlich versichert, daß er ihn nicht geschickt und ihm keine Veranlassung gegeben habe, ihn zu verlassen; jedoch ist er verpflichtet, den Abhandengekommenen in Gemeinschaft mit dem Besitzer desselben zu suchen. Bewahrheitet sich der Eid, nachdem jener Mensch aufgefunden wurde, so muß letzterer dem Besitzer zugestellt und die vom Räuber eingezogene Geldstrafe zugunsten desjenigen verwendet werden, bei dem der Geraubte im Dienst

und unter Aufsicht gestanden hat, als Entgelt dafür, daß er unschuldigerweise den Eid leisten mußte.

e) Wenn die Diebe und Räuber diesen Menschen bei Gelegenheit eines unvermuteten Ueberfalls auf das Haus desjenigen, bei dem er bedienstet ist, ergreifen und fortführen, so ist dieser verpflichtet, den Besitzer mit dem halben Geldwert jenes Menschen zu entschädigen und ihn gemeinsam mit dem Besitzer aufzusuchen. Nachdem dieser Mensch aufgefunden worden ist, muß er dem Besitzer zugestellt werden, vom Räuber soll aber der von diesem Menschen repräsentierte Geldwert und außerdem noch eine besondere Geldstrafe erhoben werden, welche zwischen dem Besitzer und demjenigen, in dessen Diensten der Mensch gestanden hat, geteilt werden muß, weil letzterer erstens die Hälfte des Geldwerts jenes Menschen im voraus entrichtet hat, zweitens ihn gemeinsam mit dem Besitzer gesucht hat und weil er drittens aus seinem Hause entführt wurde.

§ 211: a) Wer fremdes Vieh in Verwahrung nimmt, der muß dem Eigentümer, falls es abhanden kommt, vollen Ersatz leisten und selbst vom Diebe Genugtuung fordern.

b) In gleicher Weise muß er dem Eigentümer Ersatz leisten, wenn das Vieh infolge schlechten Unterhaltes oder übermäßiger Arbeit abmagert und zugrunde geht, oder wenn es von wilden Tieren oder vom Feinde vernichtet wird.

c) Wenn das Vieh an Blindheit oder an einer anderen Krankheit zugrunde geht, so hat er dem Eigentümer desselben die Haut und das Fleisch vorzulegen und hat im übrigen keine Verantwortung zu tragen.

§ 229: Wer einen Menschen mietet, ihn in einen Feldzug, ins Wasser oder auf einen Baum usw. schickt, nnd dieser büßt bei der Erfüllung eines solchen Befehls sein Leben ein oder wird verstümmelt, so ist jener für sein Blut nicht verantwortlich, denn der Mietling starb gegen Entgelt. War er von seinem Herrn für Dienstleistungen erbeten oder geraubt oder gewaltsam ausgeschickt worden, so hat der Urheber seines Unglücks die volle Entschädigung für sein Blut zu leisten.

§ 230: Wer gegen Entgelt fremdes Vieh zur Weide oder Fütterung übernimmt und es zu Arbeitsleistungen benutzt, infolge deren es zugrunde geht oder Schaden nimmt, der muß dem Besitzer volle Entschädigung leisten. Wenn das von ihm übernommene Vieh infolge seiner Fahrlässigkeit sich verletzt oder durch ein wildes Tier zugrunde geht, so muß er dem Besitzer desselben drei Viertel seines Wertes zahlen. Wenn es schon vorher krank war und durch Krankheit zugrunde ging und er den Besitzer hiervon überzeugt, so hat er keine Verantwortung zu tragen.

Gesetz Agbughas.

§ 88: Wenn jemand einem anderen einen Gegenstand zur Aufbewahrung gibt, und dieser wird vom Geschäftsführer des letzteren entwendet, so soll ihn der Besitzer nicht vom Diebe, sondern von demjenigen zurückfordern, dem er ihn anvertraut hat. Dieser ist dann verpflichtet, den entwendeten Gegenstand ausfindig zu machen oder dem Besitzer desselben Ersatz zu leisten.

Diese Normen tragen, wie ich glaube, ein überaus altertümliches Gepräge: von der Zufallshaftung ist in einem sehr weiten Umfange Gebrauch gemacht, und zwar nicht allein von der Haftung bis zur Grenze der höheren Gewalt, sondern auch von der Haftung für Zufall schlechthin, also einschließlich der höheren Gewalt. Dabei ist von einer planmäßigen Abstufung der Haftung nach den Vertragstypen unserer heutigen Dogmatik keine Rede, abgesehen von einer sogleich zu erwähnenden Ausnahme ist die Haftung gleich gestaltet bei jedem Anvertrauen einer Sache in die Hand eines anderen, gleichgültig, ob es sich dabei um Miete, Leihe, Verwahrung oder Pfandbestellung handelt [86]). Die Geschäftstypen, die auseinander gehalten werden, ohne daß aber etwa danach die Haftung abgestuft würde, sind echt primitivrechtlich die folgenden: 1. Anvertrauen einer leblosen Sache; 2. Anvertrauen eines Sklaven; 3. Anvertrauen von Vieh (Hirtenvertrag). Die Haftungsgrundsätze, die für diese drei Vertragstypen aufgestellt werden, lassen sich nun folgendermaßen charakterisieren:

I. Haftung beim Anvertrauen von leblosen Sachen.

Der § 207 Wachtang unterscheidet deutlich drei Fälle.

1. Besondere Parteivereinbarungen über die Haftung sind nicht erfolgt. Hier haftet der Vertrauensmann für jeden Zufall, einschließlich der höheren Gewalt; als solche werden Feind, Feuer, Wasser, Räuber und Konfiskation aufgeführt

---

[86]) Vgl. Klutmann S. 430, 458.

— die uns längst bekannte Liste. Freilich erscheint diese strenge Haftung dem Gesetzgeber als fast zu hart, er mahnt, sie nicht geltend zu machen, aber gesetzlichen Ausdruck erlangt diese Empfindung zunächst nur darin, daß das Maß des Schadenersatzes bei den Ereignissen der höheren Gewalt mit Ausnahme der Konfiskation herabgesetzt wird: der Vertrauensmann hat nur die Hälfte des Wertes der anvertrauten Sache zu ersetzen. So § 207 b und c. — Zu diesen Normen paßt der § 88 Agbugha. Er regelt zunächst die Frage der Haftung des Herrn für seine Leute im Einklang mit den eben entwickelten Haftungsprinzipien: der Vertrauensmann haftet für Zufall, also auch unbedingt für seine Leute. Vor allem aber formuliert der § 88 mit voller Klarheit das Prinzip „Hand muß Hand wahren“: da dem Eigentümer die wahrende Hand unbedingt für die Entwendung der Sache einzustehen hat, so muß sie auch ausschließlich zur Erhebung der Diebstahlsklage legitimiert sein. — Nicht dagegen paßt zu den dargelegten Normen der § 149, von dem alsbald zu reden sein wird.

2. Die Parteien treffen Vereinbarungen über die Haftung, und zwar vereinbaren sie wie folgt: „Grundsätzlich ist für den anvertrauten Gegenstand zu haften. Es wird aber nicht gehaftet, wenn die anvertraute Sache zusammen mit Eigentum des Vertrauensmannes durch höhere Gewalt zugrunde gegangen oder abhanden gekommen ist.“ Diesen Abreden wird vom Gesetzgeber ausdrücklich die Gültigkeit zuerkannt. So § 207a [87]). Die Parteivereinbarung bricht also die Bahn für eine Herabsetzung der strengen Haftung auf eine Haftung für formales Verschulden, bis zur Grenze der höheren Gewalt. — Es liegt in der Richtung der Entwicklung, die diese Dinge bei allen Völkern genommen haben, daß die gekennzeichneten Parteivereinbarungen schließlich ins dispositive Recht aufgenommen worden sind; für das grusinische Recht liefert dafür

---

[87]) Mißverstanden ist diese Bestimmung von Klutmann S. 462.

einen Beleg der § 149 Wachtang. Frenkel bemerkt zu dieser Vorschrift anmerkungsweise: „In keiner der beiden Abschriften des grusinischen Textes, die sich bei mir befinden[88]), wird der § 149 aufgeführt. In der Numerierung folgt auf § 149 gleich § 150." Allem Anscheine nach handelt es sich also um eine spätere Interpolation, die historisch wohl verständlich ist[89]); daß § 149 dem § 207 widerspricht, leidet keinen Zweifel.

3. Der § 207d redet schließlich von der Haftung des Vertrauensmannes während Annahmeverzug des Eigentümers[90]). Das Maß des zu ersetzenden Schadens ist in diesem Falle herabgesetzt; Näheres wissen wir nicht.

II. Haftung beim Anvertrauen von Sklaven.

Deutlich werden hier folgende Fälle auseinander gehalten:

1. Der Sklave stirbt eines natürlichen Todes: bei diesem Fall der höheren Gewalt ist der Vertrauensmann haftfrei. § 210b.

2. Der Sklave ist entflohen: Sklavenflucht wird wie der natürliche Tod behandelt, der Vertrauensmann haftet nicht, es sei denn, er weiß, daß der Sklave entfliehen will[91]).

---

[88]) Ueber die von Frenkel benutzten Manuskripte siehe Holldack, Grusinische Staats- und Rechtsgeschichte S. 106, N. 1.

[89]) Klutmanns dogmatische Vereinigung (S. 463) ist abzulehnen.

[90]) Vgl. Klutmann S. 462.

[91]) So ist wohl sicher § 210c im Sinne des Gesetzgebers zu verstehen, d. h. die rhetorische Frage ist als Einschränkung des viel allgemeiner redenden Eingangs zu erachten. So auch Klutmann S. 464. Daß diese Auslegung richtig ist, zeigt der zweite Teil der Frage (warum schickte er . . .?); denn diesbezüglich zeigt § 210d unwiderleglich, daß nur dann der Vertrauensmann haftbar ist, wenn er den Sklaven ausgeschickt hat: also wird er auch nur dann einzustehen haben, wenn er gewußt hat, daß der Sklave nicht bei ihm bleiben wollte. — Die Art freilich, wie § 210c diesen Rechtssatz zum Ausdruck bringt, ist seltsam genug, wahrscheinlich erklärt sie sich daraus, daß der Redaktor unsres

3. Der Sklave wird geraubt. Hier werden wieder zwei Fälle unterschieden:

a) Er wird geraubt aus dem Hause des Vertrauensmannes: gehaftet wird stets, aber wie beim Raub anvertrauter lebloser Sachen nur auf den halben Sachwert. § 210e[92]).

b) Er wird geraubt außerhalb des Hauses; hier werden wieder zwei Fälle unterschieden:

aa) Der Sklave ist vom Vertrauensmann nach auswärts geschickt worden: da das primitive Recht an der Gleichung Kausalität = Culpa festhält, so haftet hier der Vertrauensmann stets, sein Verschulden wird de iure präsumiert. § 210c.

bb) Der Sklave ist nicht geschickt worden: dann ist der Vertrauensmann haftfrei. § 210d[93]).

4. Der Sklave wird getötet. Wahrscheinlich hat für diesen Fall dasselbe zu gelten wie beim Raub. § 229 hebt hervor, daß bei der Miete für die Tötung des Sklaven nicht eingestanden wird, wenn sie durch Ausführung der bedungenen Dienste

---

Gesetzes aus seinen Vorlagen zwei verschiedene Ordnungen zusammenarbeitete: nach der einen haftete der Vertrauensmann für Flucht und Raub des Sklaven schlechthin, nach der anderen für Raub nur, wenn der Sklave ausgeschickt worden war. Die Flickarbeit erkennt man einmal an der sehr ungeschickten Art, wie der allgemein redende Eingang von § 210c durch die begründende Frage eingeschränkt wird, dann aber auch aus § 210d: der Vertrauensmann wird für haftfrei erklärt, wenn er den Sklaven nicht ausgeschickt hat; dabei wird aber vergessen, daß auch in diesem Falle nach § 210c gehaftet wird, wenn der Vertrauensmann wußte, daß „der Sklave unvorsichtig ist". Siehe auch unten S. 185.

[92]) Unter den Momenten, mit denen der Bußanspruch des Vertrauensmannes begründet wird, ist besonders interessant der letzte: „weil der Sklave aus seinem Hause entführt wurde"; also die Gewere als Grundlage der Legitimation zur Diebstahlsklage. Vgl. vorläufig etwa Rauch, Spurfolge und Anefang S. 40, N. 3.

[93]) Es sei denn, daß der Vertrauensmann wußte, daß der Sklave „unvorsichtig war": diesen Zusatz wird man wohl im Sinne des Gesetzgebers aus § 210c herübernehmen müssen. Vgl. N. 91.

herbeigeführt wird; wahrscheinlich ist dieser Satz auf den Fall des Raubes auszudehnen.

III. Haftung beim Anvertrauen von Tieren.

Es kann nicht zweifelhaft sein, daß unser Gesetz für diesen Fall zwei sich widersprechende Ordnungen enthält, die der Redaktor nebeneinander aufgenommen hat, ohne eine Vereinigung zu versuchen [94]). Die ältere ist natürlich § 211. Hiernach haftet der Vertrauensmann schechthin für jeden Zufall einschließlich der höheren Gewalt; eine Ausnahme wird allein gemacht beim natürlichen Tod des Viehs: der Vertrauensmann haftet nicht, vorausgesetzt, daß er Ueberreste des Tieres vorweisen kann (natürlich zu Beweiszwecken). Der § 230 mildert diese strenge Haltung: wenn das Vieh durch wilde Tiere zerrissen wird oder sich selbst verletzt, so soll er nur zu drei Vierteln Ersatz zu leisten haben. Man darf auch diesen Widerspruch nicht dadurch abzuschwächen suchen, daß man den § 230 seinem Wortlaut entsprechend nur auf den Lohnhüter bezieht [95]), denn es ist klar, daß der Lohnhüter nicht milder haften kann als der unentgeltliche Hüter und der Sachmieter [96]).

Unser Material ist damit erschöpft; es erscheint uns von hohem Werte. Denn es gibt uns ein anschauliches Bild von der entwicklungsgeschichtlichen Vorstufe, die vor den Haftungsschemata liegt, die uns von anderen Völkern überliefert sind: Noch herrscht das Prinzip, daß der Vertragschuldner für jeden Zufall einschließlich der höheren Gewalt einzustehen hat, aber die Tendenz, die Haftung auf den niederen Zufall zu beschränken, ist unverkennbar; beim natürlichen

---

[94]) Klutmann S. 466 ist das ganz entgangen.

[95]) So wohl Klutmann a. a. O.

[96]) Der Gesetzgeber wollte gewiß der milderen Norm des § 230 den Vorzug geben.

Tod von Sklaven und Vieh wird zuerst, dann auch bei Sklavenflucht, der Schuldner für haftfrei erklärt, die Parteivereinbarungen engen die Haftung noch weiter ein, und auch ohne solche erklärt der Gesetzgeber es wenigstens als Gebot der Sittlichkeit, bei den Ereignissen der höheren Gewalt keine Ansprüche geltend zu machen. Selbst vom Utilitätsprinzip findet sich (bei der Sklavenmiete) ein schwacher Ansatz.

(Fortsetzung folgt.)

VIII.

Der Raub nach biblisch-talmudischem Recht.

Von

Ch. Tschernowitz in Berlin.

I.

Der Ausdruck Raub, in der Bibel „gesel", bedeutet die gewaltsame Entwendung eines Gegenstandes vor den Augen des Eigentümers; so heißt es z. B. in Samuel II, 23, 21: „Er raubte das Schwert von dem Mizri", d. h. er nahm ihm das Schwert in dessen Gegenwart weg.

Dieser Ausdruck „gesel" wird in der Bibel sowohl auf bewegliche als auch auf unbewegliche Gegenstände angewandt; so heißt es z. B. in Genesis XXI, 25, 10: „wegen des Brunnens, den sie geraubt hatten". Ebenso heißt es in Micha II, 2: „Sie gelüsteten nach Feldern und raubten sie".

Es ist nun auffällig, und diese Frage wurde schon von vielen Bibelforschern aufgeworfen, warum in den Urquellen des mosaischen Rechtes, den Zehngeboten, nur Diebstahl aber nicht Raub behandelt wird. Es gibt hierüber verschiedene Hypothesen. Nach einigen kannte das mosaische Recht das Wort gesel, Raub, gar nicht, weil Fälle von Raub unter den alten Israeliten selten vorkamen (Zacharias Frankel, Der gerichtliche Beweis usw. S. 27). Andere wiederum sagen, daß das Wort „Ganobh" (Stehlen) ein Gesamtbegriff für jede Art von Entwendung, also auch für Raub ist, ähnlich wie das altrömische Wort „furtum", so daß in dem Satze „du sollst nicht stehlen," auch du sollst nicht rauben inbegriffen ist.

(Benzinger, Hebräische Archeologie S. 352; Müller, Die Gesetze Hamurabis S. 68.)

Wenn diese letztgenannte Ansicht richtig wäre, so müßten doch alle Strafen, die die Bibel über Diebstahl verhängt, auch bei Raub Anwendung finden. Dies ist jedoch nicht der Fall; denn für Diebstahl ist als Buße bei leblosen Gegenständen das Zweifache, bei Lebewesen das Vierfache bzw. Fünffache festgesetzt, bei Raub wird nur Schadenersatz in Höhe des geraubten Gegenstandes gefordert, in einzelnen Fällen genügt sogar schon ein Sühnopfer.

Die Behauptung, daß die Bibel wie die Gesetze anderer antiker Völker Raub nicht als Mißhandlung, sondern als Tapferkeit auffaßten, ist kaum zutreffend. Die Bibel, die sich schon über das Begehren nach fremdem Eigentum so streng ausläßt, kann doch eine solche Vorstellung, die mit ihrer ganzen Weltanschauung in Widerspruch steht, nicht vertreten. Daß Raub nicht so hart von der Bibel bestraft wird wie Diebstahl, ist noch kein Beweis für diese Behauptung. Denn falls Raub ein Beweis von Tapferkeit sein sollte, so hätte die Bibel doch weder Strafe noch Ersatz bei Raub festgesetzt. Die Bibel aber erblickte im Raub eine schwere Uebeltat und legte dem Räuber ein Sühnopfer für sein schweres Vergehen gegen Gott und Menschen auf. Der Grund dafür, daß Diebstahl schwerer als Raub bestraft wird, liegt darin, daß der Räuber, der doch nach der Bibel seine Tat offen begeht, für die Gesellschaft minder gefährlich ist als der Dieb, der sich den Augen der Menschen entziehen kann. So erklärt R. Jochanan dieses Problem: „Warum hat die Thora den Dieb härter bestraft als den Räuber? Weil letzterer Gott und Menschen auf eine Stufe stellt, d. h. er schämt sich weder vor Gott noch vor den Menschen, der Dieb aber die Menschen höher stellt als Gott, denn er fürchtet sich vor Menschen, aber nicht vor Gott“ [1]). Der Dieb ist zu gleicher Zeit auch ein Betrüger, der seinen

---

[1]) Baba Quama f. 79.

Nächsten, mit dem er scheinbar in Frieden und Eintracht wohnt, hintergeht. Diebstahl und Betrug sind in der Bibel identisch. Darum heißt es: Ihr sollt nicht stehlen, nicht lügen und nicht betrügen, einer seinen Freund. (Lev. cap. 19, 12.) Der Dieb wird nicht nur wegen der Entwendung bestraft, sondern auch wegen des Betrugs. Die Ursache davon, weshalb Raub in den Zehngeboten nicht ausdrücklich erwähnt wird, liegt darin, daß in dem Gebote: Du sollst nicht gelüsten — auch Raub mit inbegriffen ist. Denn die Zehngebote sind nicht Strafgesetze, sondern Sittenlehren, die zum Herzen des einzelnen reden. Die Zehngebote sprechen aber nur von dem Begehren, weil aus dem Begehren das Vergehen, hier der Raub, erst entspringt. So sehen auch die Propheten das Begehren als eine Vorstufe für Raub an, oder anders ausgedrückt, sie sehen den Raub als eine Folge des Begehrens an, darum heißt es: „und sie gelüsteten nach Feldern und raubten sie“ (Micha II [2]). Im Gegensatz zu allen antiken Völkern, die vom Standpunkt des Objektivismus ausgehen, d. h. nicht den Willen, sondern die vollbrachte Tat als Sünde ansehen, steht die Bibel auf dem Standpunkt des Subjektivismus, d. h. der Wille wird von ihr wie die vollbrachte Tat bestraft.

Darum betrachtet die Bibel z. B. bei Raub nicht die Entwendung fremden Eigentums an sich als Sünde, sondern nur die verwerfliche Absicht des Uebeltäters. Aus dieser Erwägung heraus hat die Bibel den Raub lediglich als ein sittliches Vergehen angesehen und den Räuber dementsprechend nur mit einem Sühnopfer bestraft. Danach ist es auch verständlich, wenn die Bibel zwischen unmittelbarem Raub (gesel), d. h. Raub durch Ueberfall, und dem mittelbaren Raub (osseq), d. h. Raub durch Vorenthaltung fremden Eigentums, keinen Unterschied macht. Denn vom subjektivistischen Standpunkte kommt es auf die Art des Raubes nicht im geringsten an, maßgebend ist eben hier nur, daß sowohl bei unmittel-

---

[2]) Vgl. Maimonid H. Gsela § 1, 11.

barem wie bei mittelbarem Raub der böse Wille in gleicher Weise vorhanden ist. Diese Ansicht des Subjektivismus, die in der Bibel vorherrscht, bildete auch den Gegenstand des Streites zwischen den Schammaiten und Hilleliten.

Die Schammaiten, die auf dem Standpunkt des Subjektivismus stehen, sind der Ansicht, daß nicht der Täter verantwortlich für die Tat ist, sondern der Anstifter [3]). Die Hilleliten dagegen erklären vom Standpunkt des Objektivismus aus den Täter allein für strafbar. Diese verschiedenartigen Ansichten erklären auch den Streit zwischen den Schammaiten und Hilleliten bei anderen Rechtsfragen, so besteht z. B. eine Differenz, ob jemand, dem ein Gegenstand zur Aufbewahrung übergeben wurde, schon für die böse Absicht, an dem verwahrten Gegenstand einen Schaden anzurichten, strafbar ist. Die Schammaiten meinen, daß er für diese böse Absicht strafbar sei, die Hilleliten sprechen ihn frei [4]). Ein anderer Fall: Wenn jemand den ihm zur Aufbewahrung übergebenen Gegenstand anfaßt, in der Absicht, einen Schaden anzurichten, in Wirklichkeit aber augenblicklich keinen Schaden anrichtet, so machen ihn die Schammaiten haftbar für jeden später entstehenden Schaden, unabhängig davon, ob er den Schaden auch wirklich verschuldet hat, oder ob dieser von selbst später entstanden ist, die Hilleliten müssen ihn natürlich freisprechen.

Als logische Folgerung ergibt sich nun nach der Auslegung der Gemara aus dem eben Gesagten, daß die Schammaiten und Hilleliten auch darin verschiedener Meinung sind, ob jemand, der sich ohne Wissen des Eigentümers von ihm etwas entliehen hat, für jeden etwaigen Schaden haftbar ist, und ob er als ein Dieb behandelt wird oder nicht [5]). Nach den Hilleliten, die mehr auf die äußere Form als auf die in-

---

[3]) Kedušin 43: „Wenn jemand einen zur Tötung eines Dritten veranlaßt, so sagt Schammai im Namen des Propheten Ḥaggai, daß nur der Anstifter schuldig ist."

[4]) Baba Mezia III, 12.

[5]) Baba Mezia f. 43 a.

neren Beweggründe geben, kann er nicht als Dieb angesehen werden, weil er doch äußerlich, d. h. der Form nach, keinen Diebstahl begangen hat, sondern in friedlicher Absicht in das Haus seines Freundes kam, nach den Schammaiten aber, die mehr auf die inneren Beweggründe als auf die äußere Form geben, wird er als Dieb betrachtet, denn er hat ja beabsichtigt, fremdes Eigentum ohne Wissen des Eigentümers zu benutzen.

In der Mischna finden wir also beide Ansichten vertreten, die der Schammaiten und die der Hilleliten. Doch haben in der Mischna fast ausschließlich die Hilleliten das Uebergewicht, weil die Mischna im allgemeinen den Grundsätzen der Hilleliten folgt. In der Gemara dagegen gewinnt die Ansicht der Schammaiten das Uebergewicht, folglich steht die Gemara auf demselben Standpunkt des Subjektivismus wie die Bibel. So erklärt z. B. die Gemara als Raub: a) wenn einer ableugnet, einen Gegenstand zur Aufbewahrung erhalten zu haben [6]), b) wenn jemand ohne Wissen des Eigentümers sich aus dessen Besitz etwas entleiht [7]), c) wenn jemand einen verlorenen Gegenstand dem Eigentümer, der ihm bekannt ist, nicht zurückgibt [8]). Während also nach der Mischna der Begriff Raub ein beschränkter ist, erweitert ihn die Gemara und überträgt ihn auch schon auf die böse Absicht.

Die Gemara äußert sich sogar verwundert darüber, warum die Bibel: Rauben, Zinsnehmen, Uebervorteilen als besondere Verbote aufzählt. Ihrer Meinung nach kommt alles auf die böse Absicht an, und obwohl die Fälle der Form nach verschieden sind, den inneren Beweggründen nach aber sind sie gleichartig [9]). Die Tannaiten dagegen machen zwischen Rauben und Zinsnehmen einen großen Unterschied [10]). Ebenso wie hier-

---

[6]) Baba quama f. 105 b, Baba Mezia f. 5 b.

[7]) Baba Mezia f. 43 a.

[8]) Ibid. f. 26 b.

[9]) Baba Mezia f. 61 a.

[10]) Ibid. 62 a, Baba quama 94.

bei kennt auch die Gemara zwischen „gesel“, d. h. Raub durch Ueberfall, und „osseq“, d. h. Raub durch Vorenthaltung fremden Eigentums, keinen Unterschied und erklärt diese Fälle für ganz identisch[11]), nach den Tannaiten aber sind die beiden Fälle nur ähnlich[12]).

Aus allen diesen Beweisen geht deutlich hervor, daß die Amoräer im Gegensatz zu den Tannaiten nur Gewicht auf die böse Absicht legen. Hieraus ergibt sich schon, daß die Amoräer schon die böse Absicht für strafbar halten, jedoch nicht unbedingt die böse Tat, die doch durchaus keine böse Absicht voraussetzt, während die Tannaiten die böse Tat allein, wenn auch keine böse Absicht vorliegt, für strafwürdig erklären. So halten z. B. die Tannaiten einen Gläubiger, der sich durch eine Gewalttat für seine Schulden ohne Erlaubnis des Gerichts bezahlt macht, für einen Räuber[13]), weil hier eine räuberische Tat vorliegt, wenn ihr auch jede räuberische Absicht fernliegt, die Amoräer aber sprechen in ähnlichen Fällen frei[14]). Sie gehen sogar so weit, daß sie in dem Falle, wo zwar böse Absicht und böse Tat, nicht aber eine Entwendung fremden Eigentums vorliegt, den Täter für schuldig erklären. Dies kann z. B. der Fall sein beim Raub eines minderwertigen Gegenstandes, dessen Wert in der Gemara mit weniger als ein „Pruto“ bezeichnet wird, für den man also nicht ersatzpflichtig ist, und trotzdem erklärt die Gemara einen solchen Missetäter als Räuber[15]).

II.

Die Entwicklung der Strafordnung für Raub hängt mit der Auffassung des Begriffes Raub zusammen, und dieselbe Meinungsverschiedenheit, die wir infolge des subjektivistischen

---

[11]) Ibid.

[12]) Sanhedrin f. 57 b.

[13]) Schebuot f. 44 a.

[14]) Baba quama f. 26 b.

[15]) Sanhedrin f. 57 b.

Standpunktes der einen und des objektivistischen der anderen bei Raub finden, finden wir auch bei der Bestrafung des Raubes. Der Objektivismus, der die Tat, d. h. die eigentliche Entwendung, als Verbrechen ansieht, legt dem Missetäter für sein Vergehen keine Strafe auf, sondern verpflichtet ihn nur zur Rückgabe des Geraubten, der Subjektivismus dagegen, der das sittliche Verbrechen, d. h. die böse Absicht, bestraft, verlangt nicht nur Rückgabe, sondern auch Buße.

Die Begründung für die Verpflichtung zur Buße bei Raub entnehmen wir der Bibel selbst. Sie verpflichtet nämlich den Räuber zu einem Sühnopfer und verurteilt ihn außerdem noch zu einer Buße in Höhe eines Fünftels vom Werte des geraubten Gegenstandes. Obwohl die Bibel nur für den Fall eines falschen Eides (d. h. für den Fall, wenn jemand den Raub durch einen Eid ableugnet und nachher bei ihm doch das Geraubte gefunden wird) und sonst noch bei einem zur Aufbewahrung dort übergebenen Gegenstand, der abgeleugnet wird, und ebenso bei einem gefundenen Gegenstand, dessen Rückgabe verweigert wird, dieses Sühnopfer auferlegt, so haben die Talmudisten doch auch nach der Zerstörung des Tempels, wo kein Sühnopfer mehr möglich war, die Buße für Raub als Sühne und als eine Art öffentlicher Reue beibehalten. Die Rückgabe und die Buße, die doch eigentlich untrennbar erscheinen, werden von den Talmudisten doch als trennbar betrachtet, da nach ihrer Auffassung das eine auch ohne das andere möglich ist. So kommt z. B. in der Gemara folgender Fall vor: Jemand hat zwei Gegenstände geraubt, die zusammen den Wert einer Pruto repräsentieren und gibt den einen Gegenstand zurück. Nun wird vom Talmud die Frage aufgeworfen, ob hier ein Raub überhaupt noch vorliegt, weil einerseits vom Standpunkt des Eigentümers kein Raub vorhanden ist, denn es ist ja nur weniger als eine Pruto geraubt worden, anderseits der Räuber doch noch einen Teil des Raubes besitzt.

Die Antwort hierauf lautet: Ein eigentlicher Raub liegt zwar nicht vor, aber da doch der Räuber noch einen Teil des Raubes

besitzt, so ist kein Grund für eine Buße vorhanden.[16]) Daraus folgt, daß Buße und Rückgabe getrennt vorkommen können. Der Talmud geht sogar noch weiter und sagt, daß Buße auch in dem Fall nötig ist, wenn eine Rückgabe völlig ausgeschlossen ist; so kann es z. B. vorkommen, daß wenn ein Sohn seinen Vater beraubt, und dieser stirbt, so fällt ihm der Besitz des Vaters als Erbe zu; dann ist natürlich eine Rückgabe des Geraubten unmöglich. Trotzdem aber ist er zur Buße verpflichtet, die er dadurch begleichen soll, daß er den geraubten Gegenstand an Arme verteilt[17]). Ein ähnlicher Fall liegt vor, wenn jemand einen Proselyten, der doch keine gesetzmäßigen Erben hat, beraubt. Dann muß der Räuber nach dessen Tode als Buße den Raub unter die Priester verteilen, wenn er aber selbst Priester ist, so darf er den Raub sich deswegen nicht aneignen, sondern muß ihn den anderen Priestern geben[18]).

Die Frage, was wesentlicher bei Raub sei, die Rückgabe oder die Buße, bildete den Streit zwischen vielen Tannaiten. So war z. B. ein Streit zwischen Rabbi Akiba und Rabbi Tarphon über folgenden Fall entbrannt. Wenn einer fünf Leute bestiehlt, er weiß aber nicht, welchem der fünf der gestohlene Gegenstand gehört, so meint Rabbi Tarphon, er muß den geraubten Gegenstand einfach zurückgeben, Rabbi Akiba aber ist der Ansicht, er muß ihn jedem der fünf zurückgeben, also fünfmal ersetzen[19]). Rabbi Tarphon geht nämlich von der Ansicht aus, daß der Ersatz des Gegenstandes das Wesentliche sei, daher begnügt er sich hier mit der einfachen Rückgabe; Rabbi Akiba aber verlangt auch Buße für die Missetat und macht sie von der Verzeihung des Beraubten abhängig. Daher verlangt er hier, daß er es, da ein Zweifel obwaltet, jedem ersetzt. Denn, so sagt er, wenn nur eine einfache Rückgabe erfolgt, so ist der Räuber von seiner Sünde nicht

---

[16]) Baba quama f. 105 b, Maimonid H. Gsela § 1, 6.
[17]) Ibid. f. 108, 109.
[18]) Ibid.
[19]) Ibid. f. 103.

befreit, da die wirkliche Befreiung nicht von der Rückgabe, sondern von der Verzeihung abhängig ist. Ein ähnlicher Streit liegt auch bei folgendem Fall vor: Wenn einer aus einer Herde ein Schaf raubt, so sagt Rabbi Tarphon, er solle es einfach, wie er es genommen, auch wieder an seinen Platz zurückstellen, Rabbi Akiba aber sagt, er muß es vor den Augen des Besitzers zurückgeben, damit dieser ihm vergeben kann. Ebenso liegt auch ein Streit vor, wenn einer jemand ohne sein Wissen etwas geraubt hat und es ihm auch ohne sein Wissen wieder zurückgibt [20]). Jemand raubt z. B. ohne Wissen des Beraubten Geld, gibt es ihm aber ohne sein Wissen bei der nächsten Zahlung zurück, da sagen die einen, die stillschweigende Rückgabe sei genügend, andere aber verlangen die Mitwissenschaft des Besitzers, damit der Räuber auch Verzeihung erlangen könne. Dieses ethische Prinzip, daß nämlich bei Raub Buße unbedingt nötig sei, wurde in der Halacha immer mehr vorherrschend und ist durch viele Anordnungen und Vorschriften geschützt worden.

Die alte Halacha verlangte, daß der Räuber den Gegenstand eigenhändig, wenn er nur den Wert einer Pruto hat, zurückgibt, auch wenn der Weg noch so weit sein sollte, wie z. B. von Palästina nach Medien. Späterhin wurde festgesetzt, daß der Räuber, wenn die Reisespesen mehr betragen, als der geraubte Gegenstand wert sei, den Raub dem Gericht übergeben könne, und als Buße noch ein Sühnopfer bringen müsse [21]). Schließlich wurde sogar festgesetzt, daß der Räuber, wenn er seine Tat bereute, gar nicht verpflichtet sei, den geraubten Gegenstand zurückzugeben. Ja, es wurde sogar als unfein angesehen, den geraubten Gegenstand vom Räuber wieder anzunehmen [22]). So heißt es: Von dem Räuber darf man den geraubten Gegenstand nicht zurücknehmen, wer es

---

[20]) Baba quama 118 f.

[21]) Ibid. f. 103.

[22]) Ibid. f. 94.

aber tut, fällt in Mißachtung bei den Weisen. Die letzte Festsetzung ist sogar in den Zeiten des Mittelalters beibehalten worden, so finden wir in den Responsen der Gaonim § 165 folgende Bestimmung: Der Räuber soll seine Tat bereuen, und wenn er noch den geraubten Gegenstand besitzt, soll er ihn abgeben, wenn er ihn aber nicht mehr besitzt und er erklärt, ihn ersetzen zu wollen, sobald er dazu imstande sei, so wird ihm von Gott seine Sünde vergeben. Der Raub wird ihm wie eine Schuld, die er nicht bezahlen kann, angerechnet.

So stark war das ethische Prinzip der Halacha ausgeprägt, daß nur die böse Absicht bestraft wurde, und daß, wenn diese von dem Täter eingestanden und bereut wurde, völlige Straflosigkeit eintrat, ja der Räuber als rechtmäßiger Besitzer des geraubten Gegenstandes anerkannt wurde.

IX.

Versuch zur Genealogie des Rechts als Grundlage für eine Kritik des Rechts.

Von

Dr. **H. Rogge**, Neustettin.

I.

1.

„Wir Deutsche sind Hegelianer, auch wenn es nie einen Hegel gegeben hätte, insofern wir (im Gegensatz zu allen Lateinern) dem Werden, der Entwicklung einen tieferen Sinn und Wert zumessen, als dem was ‚ist' —."

Was ist Deutsch? Es liegt nachgerade auf der Hand, daß die deutsche Weltanschauung als wissenschaftliches und folglich im Geistigen produktives Prinzip nichts anderes als Auflösung der alten menschlichen Gesellschaft bedeutet —, insofern sie nicht durch jene Methodosophie, welche zuletzt Nietzsche lehrt, sich selbst zu überwinden imstande ist.

So führt typisch die historische Auffassung vom Recht auf schnellstem und kürzestem Wege zur Auflösung des Rechts. Denn wo die Veränderlichkeit Bedingtheit und Alogik des Rechts erkannt ist, schwindet der rechtliche Gehorsam vor Gesetz und Richter.

2.

Zwei Methoden sind der Auflösungszeit (oder, was dasselbe: der Aufklärungszeit), in welcher wir leben, eigentümlich: die pia constructio als zeitgemäße, aber autoritative

Auslegung (in welcher die deutsche, das ist historische Rechtsanschauung mit methodosophischer Achtung des gesetzten Rechtes eine glückliche, aber gefährliche Verbindung eingegangen ist, und welcher die Zukunft gehören kann), und das moderne Naturrecht, soziallogische Rechtssoziologie.

Täuschen wir uns doch darüber nicht: Freirecht (sei es Germanismus oder Sozialismus des Rechts, oder ihre Synthese [Konfusion] juristischer Modernismus) ist das Symptom der Auflösung. Man ist der Rechtswissenschaft überdrüssig und also des Rechts.

3.

Wir sind weitgeschritten, und mitten innen in Auflösung von Recht und Staat. Deshalb ist es die Zeit, an das Recht der Zukunft zu denken. Was wollen wir? Rechtsordnung — oder Auflösung der Rechtsordnung durch Sozialismus?

Es ist nunmehr nicht zu vermeiden, das Fazit der mehrtausendjährigen Rechtsentwicklung zu ziehen; dazu drängt die Zeit, welche allen Dingen kühl an die Wurzel geht, und darauf dringt unsere Erkenntnis, daß uns die Methodosophie abhanden zu kommen droht (welche allein die Rechtsordnung aufrecht zu heben und zu erhalten vermag).

Denn bisher scheint die Methodosophie ein Vorzug instinktsicheren unbewußten Menschentums gewesen zû sein, Baco und Savigny erscheinen als vornehmste Vertreter des dahingegangenen naiven Zeitalters. Wir, die bewußten späten Menschen müssen die Methodosophie erst in voller Bewußtheit aus der Rechtsgeschichte finden und lernen.

Methodosophie des Rechts sei hier kurz als die psychologische Rechtsphilosophie bezeichnet, welche vom Recht als Mittel zum Zweck handelt. Recht soll also im Aristotelischen oder besser Goetheschen Verstande als Organ des Menschentums und als Werkzeug in der Hand der Rechtsphilosophie verstanden sein.

4.

Die Kritik des Rechts ist nunmehr Aufgabe der Rechtswissenschaft. Damit sei vor allem zusammengefaßt, was sich unter dem Deckmantel Justizreform an Wissenschaftlichkeit birgt.

Uebersetzen wir das Problem Justizreform ins Wissenschaftliche, so löst es sich schlechterdings in zwei Fragen nach dem Beruf unserer Zeit zur Justizreform auf.

Zum ersten: Hat unsere Zeit die Anschauung von der Gerechtigkeit des Rechts, welche es philosophisch zu begründen und zu rechtfertigen vermag, gerade diese Gerechtigkeit unter Abbruch und Veränderung der alten an deren Stelle zu setzen?

Unsere Zeit, das soll heißen: Der Modernismus als Gesamterscheinung, welcher eine Kontamination wesensfremder Welt- und Rechtsanschauungen ist. Der sog. Modernismus wird erst durch seine Gegnerschaft er selbst; reaktionäre Rechtsauffassung und Freirecht ergänzen sich zur Totalität Modernismus. Welches ist der Geist dieser Kontamination? Ein wundersames gleichzeitiges Ineinander und Gegeneinander von sozialistischer und antisozialistischer Welt- und Rechtsanschauung. Es heißt diese Kontamination zum Polarisieren bringen — deutsch und deutlich gesagt: es heißt die Humanität des Sozialismus in der juristischen Moderne aufdecken. Was ist Sozialismus des Rechts, unseres Rechts? Welches ist unser Recht? Wer sind wir? Erkennen wir uns — oder mißverstehen wir uns?

Zum anderen — und dies gilt füglich gerade jetzt, wo alle, die hier eine Stimme haben, darin einig sind, daß in Sozialismus Chinesentum, Gleichheit, Kleinheit, Zahmheit, Friedfertigkeit der Niedergang unseres (sagen wir europäischen oder germanischen) strebenden Menschentums liegt —: besitzt denn unsere Zeit die Methodosophie, welche die einzige notwendige Voraussetzung zu jeder Rechtssetzung ist, die nicht Augenblicksgesetzgebung sein will?

Vor aller Antwort noch weiter gefragt: Steht nicht der offenbare Anschein dafür, als ob jede tiefere Einsicht für das psychologische Wesen von Gesetz und Recht gefährlich verloren zu gehen droht? Die Einsicht nämlich zuerst, daß lange und in einer Richtung gehorcht werden muß, damit ein psychologischer Konnex von Recht und Gesinnung eintreten kann; daß alles Probieren in der Gesetzgebung, d. h. das juristische (auch Laien ergreifende) Konstruieren in praxi der Gesetzgebung notwendig Recht und Gerechtigkeit ertötet, — und daß in diesem Betracht „Weltfremdheit der Jurisprudenz“ eine gut ersonnene methodische Verschleierung für Volksfremdheit und das heißt Gesinnungsfremdheit des Rechtes ist — zuletzt etwa die Einsicht, daß unsere 40 Jahre Justizreform gerade gegenüber der einmal „nihilistisch“ genannten pia constructio des Prätors, oder der von Methodikern wohl verächtlich angesehenen gesetzgebenden Rechtsprechung Frankreichs gegenüber als eigentlicher Nihilismus des Rechts gelten können.

Einfache Antworten sind auf jene beiden Fragen nicht möglich — oder nicht anders, als in einer neuen Folge von Fragen: Müssen wir denn in der Gesamtheit unseres Lebens und Denkens durch das Bewußte hindurch? Wie, muß nicht jede Selbstvivisektion des rechtlich Gesonnenen in seinem Erkennen und Handeln, welche von Freirecht versucht und also allgemein rechtswissenschaftlich notwendig geworden ist, auf jene bornierte Selbstüberschätzung der „großen“ Revolution und ihrer Zeit hin ausgehen, welche im arithmetischen Mittel die Vernunft vergöttlichte, und ist nicht damit jene Selbstverachtung nötige Folge, die, wie Nietzsche aufgedeckt hat, aller jener naturrechtlichen Welt- und Menschenanschauung im geheimsten zu eigen ist, welche Natur, Mensch, Recht entgöttlichte, indem sie die Autorität von Sitte und Gesetz auf die arithmetische Vernunft stellte? Wie, droht uns damit nicht ein immer tieferes Verfallen in jene Instinktunsicherheit, welche den schwachen Willen, die Unfähigkeit zum spontanen, aus rechtlicher Gesinnung kommenden Handeln

durch „logische“ Berechnung der objektiven Richtigkeit des Handelns in selbstvorgetäuschtem im geheimsten Innern selbstverächtlichen Vertrauen auf die göttliche Größe der eigenen Vernunft ersetzen will?

Wie, ergibt das Verhältnis der Verfallszeiten zur Methode die in einem hohen und weiten Sinne menschlich richtige Einschätzung der Methode? Was ist uns, und was soll uns die Inthronisierung der Göttin Methode, welche alle dekadenten Zeiten über Instinktunsicherheit und schwachen Willen hinweghelfen, Autorität und kongenialen Glauben an Autorität ersetzen muß?

Deutlich und exemplarisch gesagt: Was bedeutet uns jene soziallogische Berechnung des richtigen Rechts, welche eine alles Faustrecht der Dogmatik und alles Faustrecht der Richterwillkür („begrifflich“) unmöglich, undenkbar machende „mechanische“ Rechtssicherheit erstrebt? Etwa ein bewußtes Gegenstück zu jener Rechtssicherheit, welche natürliche und gesunde Rechtsinstitutionen durch ihre intuitive richterliche Rechtserkenntnis und richterliche Autorität zu gewähren imstande sind?

Hier ist füglich richterliche Autorität in einem besonderen und weiten Sinne gemeint: Als Glaube des Richters an sich selbst und das Gesetz (mag dieser Glaube als pia constructio praetoris, oder als jene merkwürdige pia constructio dogmatica deutscher Nation, welche in psychologischer und rechtshistorischer Notwendigkeit aus der Verwechslung von Formalismus des Verfahrens und der Ideen von Unabhängigkeit des Richters und Autorität des Gesetzes mit Dogmatismus der Form und der Norm erwuchs, oder etwa als englische Form erscheinen), und, bedingend und bedingt zugleich, der kongeniale Glaube der Volksgemeinschaft an richterliche und gesetzliche Autorität, an Höhe und Krone des eigenen Volkstums — und also an sich selbst.

Es erhellt als erstes, daß die Anglomanie des Freirechts ein arges methodologisches Mißverstehen der englischen ge-

setzgebenden Rechtsprechung ist, welches in dem Uebereifer des Freirechts und seines methodologischen (aber nichts weniger als methodosophisch erfaßten) Antagonismus zu unserem doch im Grunde durchaus aristokratischen Richtertum begründet ist.

Fassen wir also alle antwortenden Fragen in diese eine zusammen: Wie, muß nicht die Justizreform ein stilles Problem werden, d. h. der Rechts*wissenschaft* vorbehalten sein?

5.

Jedenfalls sollte die Justizreform nunmehr als Kritik des Rechts Aufgabe der Rechtswissenschaft sein. Dazu ist die Rechtswissenschaft (nicht aber eine fragwürdige Soziologie) geeignet und reif.

Ein überreiches Material hat die vergleichende Rechtswissenschaft hervorgebracht; indem sie die Religionswissenschaft und ihre Methoden in sich aufgenommen, hat sie, was an Romanismus der Methode noch in ihr war, überwunden. Vor allem aber zeigt die Wissenschaft von der deutschen Rechtsgeschichte seit jeher eine Unbefangenheit des Blicks, welche ihre Befähigung zu jener Aufgabe darlegt.

Um völlig über den dogmatischen Evolutionismus hinwegzukommen, welchen man kurz als Romanismus der Methode bezeichnen kann (und der mit aller Art Naturrecht identisch ist), öffnet sich der Rechtswissenschaft ein sehr einfacher Weg: *Die Annahme der Methodik Nietzsches.*

6.

Wie verhält sich das Recht zur Moral? Man wird das Verhältnis schlechterdings methodologisch aufzufassen haben. Alsdann ist die Rechtswissenschaft eine der Moralwissenschaft (dies in einem sehr einfachen Sinne gesagt) historisch koordinierte Geisteswissenschaft.

Danach wären die methodischen Grundbegriffe aus

Nietzsches Moralwissenschaft ohne weiteres oder per analogiam herüberzunehmen, oder sinngemäß weiterzuentwickeln.

Der methodische Grundbegriff der Moralhistorie Nietzsches, die Sittlichkeit der Sitte, führt in methodischer Weiterbildung zum Begriff der Gerechtigkeit des Rechts; eine einfache Entwicklung dieses Begriffs ergibt die funktionelle Reziprozität von Materie und Methode der Geisteswissenschaft Jurisprudenz.

Jener unterste und erste Grundsatz aller Methode und folglich aller Theorie des Menschentums: Definierbar ist nur, was keine Geschichte hat, ergibt die einfache Aufhebung, oder wenn man will, Verwandlung der Dogmatik: Was menschlich „ist", ist nur genetisch definierbar. Es wäre recht wunderlich, zu meinen, daß solche Verneinung aller Dogmatik in Chaos und Widersinn führt. Nietzsches Philosophie ist ein Organismus, wie es bisher noch keinen gab. Man mißversteht Nietzsche nicht böser, als wenn man, etwa noch mit Bezug auf seinen Ausspruch über den Willen zum System, Systemlosigkeit seiner Weltanschauung annimmt. Will man darin durchaus eine Systematik erkennen, so ist dies nicht anders als von Nietzsches eigenem Standpunkt jenseits von logisch und unlogisch möglich; will man durchaus den Begriff Dogmatik irgendwie aufrecht erhalten, so könnte man behaupten, daß Nietzsches (methodosophische) Dogmatik auf der genetischen Definition beruht.

Auf der genetischen Definition aller (geistigen und das heißt menschlichen) Institution baut Nietzches Weltanschauung auf (worüber man vorzüglich aus seiner kurzen Geschichte vom Ursprung und Zweck der Strafe Einsicht zu gewinnen vermag).

Diese methodische Grundanschauung von der Entwicklung des (geistigen) Menschentums ergibt die institutionelle Kontamination als Prinzip des menschlichen Werdens, und die Kontaminationsuntersuchung als heuristisches Prinzip aller (geschichtlichen) Geisteswissenschaft.

Nietzsches Methodosophie endlich liegt für jeden, der zu lesen weiß, offen und klar.

7.

Im folgenden soll die rechtsgeschichtliche (und folglich rechtsphilosophische) Grundhypothese, so wie sie demnächst als Grundlage einer programmatischen Kritik des Rechts [1]) Verwendung finden soll, kurz dargelegt werden. Dies soll im Rahmen eines rechtshistorischen (also die letzten Voraussetzungen des Menschentums als nicht weiter quästionabel hinnehmenden, und keine Folgerungen ziehenden) Ueberblicks geschehen, welcher die Geschichte des Rechts als institutionelle Kontamination zu erfassen sucht.

Diese Genealogie des Rechts geht füglich über ihren engen Rahmen nicht anders hinaus, als daß sie im Besonderen das Allgemeine aufzuweisen versucht. Die sehr verschiedenen Entwicklungsmöglichkeiten des Rechts, welche uns die vergleichende Rechtswissenschaft vor Augen führt, ergeben sich sinngemäß aus der ethnologischen Sonderentwicklung der Kontaminanden und ihrer Kontamination.

II.

8.

Daß der Eigentumsstreit aus dem Diebstahlsstreit hervorgeht, und daß alles („Vermögens“-)Recht auf den Eigentums-

---

[1]) Ich bitte, bemerken zu dürfen, daß ich in den Methodologischen Vorstudien zu einer Kritik des Rechts (m. e. Geleitwort von Josef Kohler) 1911 einen Ueberblick über mein Vorhaben zu geben versucht habe, — und ferner, daß hier, der vorbereitenden Natur der Schrift nach, die methodischen Anschauungen meist nicht anders als indirekt, mindestens aber nur gefragt, vorgebracht wurden; daraus möchte ich das Mißverstehen herleiten, dem die Schrift mehrfach ausgesetzt war, und das ich hier klarlegen möchte: Kritik des Rechts heißt für uns zuallererst (Selbst-)Kritik des Freirechts — und so wollte die Schrift durchaus reaktionär genommen sein.

streit zurückgeht, das ist die wohl nicht ernsthaft bestrittene Grundhypothese aller Geschichte des Rechts, welches sich als indogermanisches Recht formalistischer Herkunft zusammenfassen läßt.

Es heißt nur, die Fehlerhaftigkeiten des evolutionären Dogmatismus aufdecken, welche dieser Hypothese nur zu leicht entstellend anhaften. Was alles folgte hier aus dem Glauben an die einfache Entwicklung aus einfachem Vermögen, d. h. aus dem Glauben an die einfache Wurzel alles Geistigen? Wir vermögen das einzusehen, indem wir die Geschichte des Rechts als institutionelle Kontamination erkennen.

9.

Es fragt sich: Was begreift jene Hypothese von der Entstehung unseres Rechts aus dem Diebstahlsstreit?

Methodologisch genommen ist unser Recht eine funktionelle Erweiterung des Eigentumsstreites (seiner Verfahrenskunde). Die menschlichen Institutionen sind nichts anderes und nicht eher Rechtsinstitutionen, als bis ihretwegen der (ordentliche) Rechtsgang in den Formen des Eigentumsstreites stattfindet: über Grund und Boden, über Frau und Kind als eigentums(streit-)fähige Sache, über Eigen des Erblassers, über den, welcher sich selbst — als Pfandling, Schuldner — bedingt oder befristet übereignet.

Danach ist es ein methodischer Fehler, die rechtlichen actiones mit den vergeltungsrechtlichen actiones gleichzusetzen. Es ist ebenso methodisch fehlerhaft, den Eigentumsbegriff in das Vergeltungsrecht hineinzulegen, wie etwa die Raubehe des Vergeltungsrechts für ein Rechtsinstitut zu erklären. Es ist methodisch unrichtig, in dem vergeltungsrechtlichen ajo meum esse der alten Zeit oder der älteren Hausmarkenbezeichnung schon den rechtlichen Eigentumsbegriff zu finden. Das Vergeltungsrecht kennt kein Eigentum; im Vergeltungsrecht gibt es nur einen Nachweis des Dieb-

stahls als einer Friedensverletzung, um das Recht der unvergeltbaren Rache eintreten zu lassen.

Eigentum ist ein rechtlicher Begriff, der am Entwicklungsanfang des Rechts formalistischen Prozesses stehend, sich historisch entwickelt hat. Es kann sich nicht darum handeln, die evolutionistische Grenze des Eigentums über das Vergeltungsrecht hinaus zu finden — denn auch beim Tier ist ein animus rem sibi habendi nachweisbar —, sondern nur darum, eine Entwicklungsmöglichkeit des Eigentumsbegriffes aus dem Vergeltungsrecht zu finden.

Es steht demnach die These: Für jenes Recht ist das Eigentum eine historisch durch ins Vergeltungsrecht irradierende Ideen gewordene Funktion des Diebstahlsstreites. Der Eigentumsbegriff der formalen (im prähistorischen jenseits von logisch und unlogisch, von billig recht und unrecht geltenden) Friedensordnung ist die Funktion einer foralen (d. h. unter der Irradiation der Hochgerichtsidee gewordenen) Abart des vergeltungsrechtlichen Diebstahlsstreites. Die Möglichkeit des Verfahrens auf schlichte Klage, als Desaffektuierung des foralen Diebsstahlstreites, bedeutet den Beginn des Rechtsrechtes: das Eigentum ist alsdann die Funktion der Uebereignung, indem der Streit fingiert ist und zu einem Akt freiwilliger Gerichtsbarkeit wird. Die Fiktion steht am Anfang des Rechts.

10.

Die Entwicklung des germanischen Rechts ist nach ihrer Richtung wie nach ihrem Tempo durchaus typisch und charakteristisch zugleich. Als die Germanen in die Geschichte eintraten, war ihre „Rechts“ordnung noch eine annähernd reine Vergeltungsordnung. Nach der Berührung mit der Rechtskultur der Alten Welt vermochten sie mit wunderbarer Schnelligkeit und Empfänglichkeit deren Ideen aufzunehmen. Die Konvertierung des Vergeltungsrechts zum Rechtsrecht, einmal im Fluß, war bald vollständig geschehen, und mit den

ersten „Staats“bildungen entfaltete sich ein tropisches Wachstum des Rechts — welchem Rechte dennoch ein durchaus vergeltungsrechtlicher Charakter anhaftet: mehr als andere Rechte trägt das germanische Recht den Charakter einer sittlichen Vergeltungsordnung — die Fehde war moralisch geworden.

Wie war das zugegangen?

Allmählich war es dahin gekommen, daß das vergeltungsrechtliche Sühne-Schieds-„Gericht“ nicht mehr über die bloße Tatsache des physischen Manneskampfes (in früherer Zeit vornehmlich die Beobachtung uralt-formstrenger Provokations- und Zweikampfregeln, danach ebenso des kampflichen Ausganges) oder über den Vollzug der friedlichen Komposition entschied, sondern über die vorangegangenen Tatsächlichkeiten, — daß in organisch-ideeller Verknüpfung, bedingend und bedingt gleichzeitig, aus dem Privatfriedensbruch der imstaatlichen Vergeltungsordnung (zunächst fakultativ und also virtualiter, danach notwendig) der hochgerichtliche Landfriedensbruch, und aus der landesverräterischen Schmach einer Heeres(ding-)nichtfolge und der ihr gleichwertigen feigheitlichen Zweikampfnichtannahme (contumacia) die rechtliche Erscheinungs- und Urteilsunterwerfungspflicht geworden war. — Allmählich war es so gekommen, daß unter der sehr verschiedenartigen, teils bestimmt erkennbaren, teils psychologisch schwer erratbaren Irradiation entwickelter und sich entwickelnder ethischer und pädagogischer Ideen aus der Hochgerichts„strafe“ und den Vergeltungsgewalttätigkeiten die „Strafe“ des Privatdelikts (d. h. eine Strafe, in der die Affektkomposition, der ponderabile Unrechtsausgleich vorwiegt), und aus dem objektiv („rechtlich“) nebensächlichen und gleichgültigen Gegenstand jenes eine so komplizierte Ideenkontamination darstellenden Diebstahlsstreites vor der Volksgenossenschaft (oder einem kleinen sie darstellenden Kreis von Volksgenossen) als Oeffentlichkeit, passiven und aktiven Gericht, daß aus diesem bloßen Diebstahlsausweis ein Gegenstand wurde, dessen in konkreter Individualaffektion ihren Ausdruck findende „Zugehörigkeit“

zum konkreten forensisch streitbaren Mann im Fall forensischen Wortstreites aus billigen Rücksichten publice — und a priori — aufrecht erhalten wird: Der Streitgegenstand wurde zum Rechtsobjekt, res, sache, ding zum Eigentumsgegenstand, und alsbald zur rechtsdogmatischen Sache.

Langsam, zögernd und allmählich war es gekommen, daß dieser „Eigentumsstreit“ das Fundament einer alsbald schnell überstürzend (auch stolpernd) sich ausbreitenden und bald das ganze Menschentum ergreifenden foralen Lebensordnung wurde.

11.

Wollen wir die Idee unseres Rechts erfassen, so ist die psychologisch-historische Analyse jenes ältesten Forum des Eigentumsstreites unsere Aufgabe. Denn die Idee des Privatrechts (und also seiner methodologischen Funktionen, welche historisch und dogmatisch seine koordinierten Disziplinen innerhalb einer allgemeinen, alles Menschentum erfassenden Rechtsordnung geworden sind), als des foralen Rechts, wird durch das Gericht verkörpert, — wie es in der rechtshistorischen Gegenwart besteht: dogmatisch undefiniert, weil undefinierbar, — historisch eine komplizierte ideelle Kontamination, nur in der Analyse jenes alten Forum genetisch definierbar.

Danach ist die Idee des Gerichts vornehmlich dreifacher Wurzel: Die Idee des vergeltungsrechtlichen Kampfgerichtes, des patriarchalen Sippenschiedsgerichtes und des geschlechtsverbandlichen Hochgerichtes sind in ihr zusammen verwachsen.

12.

Die universalhistorische Menschheitsepoche des Vergeltungsrechts ist, gerade und hauptsächlich soweit die ältesten Perioden unserer Rechtsentwicklung anlangend, durchaus nicht ohne die Methoden der vorbildlich modernen vergleichenden Rechtswissenschaft erforschbar und erkennbar.

Die Rechtswissenschaft muß durchaus von aller Wissenschaft von Recht (von Recht und Unrecht) abstrahieren, um an die Frage herantreten zu können: welches sind die drei Wurzeln der Idee des Rechts? Welches ist zunächst also die „rechtliche“ Idee des Vergeltungsrechts?

Man hat vor allem festzuhalten: Die Vergeltung mit Gleichem — das Talionprinzip — ist nicht der Grundgedanke, sondern die Form des Vergeltungsrechts; Idee und Sinn der Vergeltungsordnung ist die Eindämmung der Blutrache. — Das Aussetzen der Gegen-Vergeltungs-Fehde im Fall von Offenkundigkeit der vergeltenden Natur einer Gewalttätigkeit (oder von friedlicher Austragung), d. h. das Recht der unvergeltbaren Blutrache ist das objektive Moment in der Institution Blutrache; es ist der „rechtliche“ Gedanke des Vergeltungsrechtes. Dagegen ist die Blutrache als subjektives Pflichtensystem durchaus erst sekundär und mittelbar objektiver, „rechtlicher“ Natur.

Denn wohl ist die Institution Vergeltung als Pflichtensystem die aus natürlicher Reaktionsfähigkeit kommende Organisation der selbsterhaltenden Kraft, welche die Existenz der Sippe nach ihrem Personal- und Materialvermögen zu wahren bestimmt ist. Sobald die Vergeltung aber den Charakter einer objektiven Ordnung gewinnt, d. h. gemeingesellschaftliche, quasi-staatliche, gewissermaßen imstaatliche Natur gewinnt, wird sie insoweit eine durchaus formale, im Sinne der Pflichtenordnung unprinzipielle Ordnung des gesellschaftlichen Lebens: Idee und Sinn des Pflichtensystems — die Abwehr und folglich Verhütung von fremden Eingriffen ist objektiv staatlichgemeinheitlich sinnlos; denn in solchem Betracht kann es weder einen „fremden“ Eingriff geben, noch aber gibt es zu präforaler Zeit eine objektive Beurteilung und Verurteilung im Sinne von objektiver Schädlichkeit, Schuldhaftigkeit des Angriffs und Eingriffs, und von objektiver Rechtsmäßigkeit der abwehrenden Vergeltung. Als objektive Ordnung ist das Vergeltungsrecht formal geworden, völlig unprinzipiell: sobald

die Vergeltung irgendwie den Charakter objektiver Ordnung annimmt, wird sie zu einer Ordnung des bloßen Formalismus vom Friedensbruch — jenes ältesten Abstraktissimum der Menschheit.

Der Friedensbruch ist gleichmäßig-gleichwertig, schablonenhaft, abstrakt, formal — er ist nur Form ohne Inhalt. Die Art des Friedensbruchs ist prinzipiell vollkommen gleichgültig — nur formal erheblich: für das formale Talionsprinzip.

Die organische Institution zur Selbsterhaltung, Vergeltungsordnung, verliert ihren („logischen") Sinn mit dem sippenmäßigen Zusammenschluß (das ist: mit der Selbst-Kontamination von Sippen- und Sippenverbands-Organismus), sie wird imstaatlich, und muß sich folglich stets selbst rechtfertigen, um schließlich in irgend einem Sinn mit der staatlichen Institution Hochgericht zur Friedensordnung zu verschmelzen. Als objektive Ordnung, als Vergeltungs„recht" ist die Organisation Vergeltung ein Widerspruch in sich; und doch ist diese methodische Unvernunft „Recht" der unvergeltbaren Blutrache (der friedlichen oder kampflichen Komposition) universalhistorisch die notwendige Voraussetzung alles höheren Menschentums „Recht".

13.

Das Recht der unvergeltbaren Blutrache, welches sich von dem Recht der handhaften Vergeltung zum Recht der spurfolgenden Vergeltung und der Provokations-Vergeltung entwickelt, bedeutet jenes „private" Kompositionsrecht und jenes alte und historisch wohlbezeugte Gericht, welches die Natur eines Fehde-Vertrags und -Schauspiels und eines Friedensfestes hatte. Es verwandelt sich zur staatlichen Ordnung der privaten Vergeltung, aber notwendig bleibt diese Ordnung der Vergeltungsformen nach heterogenem ordnenden Prinzip nichts weiter als Ordnung der Form.

Die Formen sind wesentlich nichts anderes als ein Zweikampf-Formalismus, und auch das Ergebnis einer Kontamination;

soweit es sich nämlich um Betonung des kampflichen *Ausganges* handelt, hat der unpersönlich gewordene (objektive), geschlechterfehde-beendende, d. h. austragende Einzel- oder Sonderzweikampf mit dem höchst persönlichen eine konkrete Vergeltung austragenden Zweikampf kontaminiert.

Die *Form ist am Vergeltungsrecht alles*; und der „Rechts“begriff, auf dem sich das Vergeltungsrecht aufbaut, ist der nichts als formale Begriff Friedensbruch; Vergeltung ist Vergeltung, Gegenvergeltung ist Gegenvergeltung, und nach dem Talionsprinzip ordnet sich das objektive System der subjektiven Pflichten.

Losgelöst vom Gedanken der Exekutive hat man alle vergeltenden Gewalttätigkeiten zu betrachten, und *losgelöst vom Gedanken des materiellen Beweises* alle formalen sinngemäß an die Oeffentlichkeit adressierten Handlungen. Denn Oeffentlichkeit bedingte die Isolierung des Vergeltungskampfes und also auch die friedliche Auseinandersetzung, d. h. das Recht der unvergeltbaren Rache.

14.

Im Recht der unvergeltbaren Blutrache wurzelt die Idee des formalen Prozesses: der formale Beweis, die (formale) Rechtskraft, die formale Wahrheit des Prozesses sind unser vergeltungsrechtliches Erbteil.

Und wie äußert sich hier die Fehlerhaftigkeit des evolutionären Dogmatismus?

Die *historische* Rechtswissenschaft anlangend ist es, wie erhellt, das Hineinprojizieren des Gedankens von der Exekutive und folglich vom materiellen Beweise in das Vergeltungrecht und die vergeltungsrechtliche Uebergangszeit, und was mit diesem methodischen Fehler notwendig oder zufällig zusammenhängt.

15.

Zankt nicht allzusehr, nur soweit als der Streit nicht gefährlich um sich greift, auf daß die Volksgenossenschaft

sich nicht selbst aufreibt — das ist die objektiv rechtliche Weisheit der Vergeltungsordnung.

Vertragt euch, denn der innere Friede erhält und macht stark — das ist die rechtliche Weisheit des Schiedsgerichtes, das auf urältester patriarchaler Familien-Schiedsgerichtsbarkeit beruht.

Beide Institutionen kontaminieren frühzeitig im Sühneschiedsgericht des Vergeltungsrechtes, welches sich durch sinnige Ausbildung des Kompositionensystems bis zur menschheitlichen Höhe des Rechtsrechts erheben kann, und überall dort erhebt, wo die patriarchale Schiedsgerichtsbarkeit mit staatbildender Volkshoheit zusammenfällt, welche direkt oder indirekt eine Gerichtspflicht (Gerichtsfolgepflicht zum Erscheinen und Verhandeln, und Urteilsunterwerfungspflicht) ausbildet. Das indogermanische Recht formalistischer Herkunft ist das Recht der Volksgemeinschaften, deren patriarchale Schiedsgerichtsbarkeit sich nicht dauernd über die Sippe erhob.

Das patriarchale Schiedsgesicht bildete den materiellen Beweisgedanken und folglich die Billigkeit aus. Doch ist diese Billigkeit noch vormoralisch; denn es fehlt ihr in jeder Hinsicht das objektive rechtlich-imperativische „Du sollst . . .“

16.

Der methodosophische Imperativ der Moral und des Rechts geht auf die Hochgerichtsbarkeit zurück — wenn man so eine hypothetische Präexistenzform des Strafrechts *Hochgerichtsrecht* im besonderen, und anderseits zugleich allgemein die älteste einheitliche Staatsgewalt bezeichnen darf, welche die Heeresordnung und folglich die gesellschaftliche Ordnung, in welcher Form es sei, als „gesetzte“ Ordnung festlegt.

Das Hochgericht verkörpert die Exekutive — jene größte Macht auf Erden, welche aus sich selbst ihr mächtiges alter ego, die Exekutive des Gewissens, d. h. das Rechtsgefühl schuf, welches, im Innern jedes Rechtlichen wohnend, der höchste Schutz und Hort von Eigentum, Vertragsfreiheit und Vertragstreue wurde.

17.

Der Gerichtszwang der Rechtsordnung nimmt — durchaus im entwicklungsgeschichtlichen Gegensatz zur allerhöchstens sehr mittelbaren, sehr indirekten objektiven, d. h. „rechtlichen" Zwangsgewalt und Zuständigkeit der reinen Vergeltungs„gerichtsbarkeit" (oder der Sühneschiedsgerichtsbarkeit, welche nicht hochgerichtlicher Natur wurde), in der Hochgerichtsbarkeit ihren Ursprung.

Der rechtliche Gerichtszwang begreift einmal die formale und dann die materielle (oder prinzipielle) Idee der Exekutive.

Im ganzen ist *„staatliche Qualität der Rechtsordnung"* die Idee der Exekutive. Ihre materielle Seite bedeutet die staatliche Interessiertheit an den „rechtlichen" Vorgängen, ursprünglich nur wegen ihrer deliktischen Natur, erst im Verlauf der wundersamen Entwicklung, zugleich auch direkt und unmittelbar wegen ihrer wirtschaftlichen. — Allmählich ist der Staat an jeder Friedensstörung materiell interessiert, und entwickelt hier also, am letzten Grunde vom nämlichen Ausgangspunkt wie das Sippengericht, den Gedanken des materiellen Beweises, die Idee der inquisitorischen Wahrheitserforschung. Man darf aber in diese hochgerichtliche Wahrheitserforschung nicht unmethodisch den (juristischen) Gedanken des Beweises hineintragen. Erst nachdem Hochgericht und Sühneschiedsgericht kontaminiert haben, gewinnt die inquisitorische Wahrheitserforschung den Charakter eines Beweisverfahrens.

Damit aber haben wir dem historischen Verlauf der Kontamination vorgegriffen (es ist füglich hier nur von unserem, d. h. dem Recht formalistischer Herkunft die Rede). Zunächst steht noch das hochgerichtliche Verfahren außer aller Methode, und was es bei der Kontamination mit dem Vergeltungsrecht zuerst aufnimmt, ist der Streit-, das ist Parteiformalismus des Vergeltungsrechts, nicht das, was dem ver-

geltungsrechtlichen Sühneschiedsgericht an Methode immanent ist: die patriarchale Urhumanität, das Wägen und Messen, die Billigkeit. So umfaßt die hochgerichtliche Exekutive durch die Aufnahme der vergeltungsrechtlichen Ideenwelt das formale Moment, welches sie erst zur Exekutive nach der Idee unserer Rechtsordnung macht: die formale Gerichtsfolgepflicht als formale Gerichtserscheinungspflicht, formale Verhandlungspflicht, formale Unterwerfungspflicht — und die formale Strafe.

Die staatliche Uebernahme der „Selbsthilfe" hatte eben darin ihren inneren Grund, daß der Staat sich an jeder Friedensstörung materiell interessiert fühlte, und folglich ebenso auch formal interessiert sein mußte, da jede „Selbstabwehr" einer Friedensstörung eine neue Friedensstörung war.

18.

Ewig notwendig mußte die Vergeltungsordnung aus sich selbst neue Fehden und Friedlosigkeiten schaffen, bis die Hochgerichtsordnung die Vergeltungsordnung in sich aufnahm, und sich selbst, die Kriegsordnung, zu einer Friedensordnung verwandelte, aus der die Rechtsordnung emporblühte.

Die Vergeltungsordnung war imstaatlich, die Friedens-Schiedsgerichtsbarkeit ebenfalls nicht-staatlicher Natur. Die Gleichstellung von Rechtsordnung und Staatsordnung ist eine spät erreichte Stufe für alle jene Völker der Form und der Fehde, deren Recht ein Vergeltungsrecht ist, das in das Hochgericht hineinwuchs, ehe die Billigkeit des Schiedsgerichtes ihre Gerechtigkeit wurde.

19.

Aus der formalen Friedensordnung der Verschmelzungszeit erwuchs die Rechtsordnung. — Welches aber war die „rechtliche" Ideenwelt dieser Uebergangszeiten?

Die deutsche Rechtsgeschichtsforschung nimmt mit ihrer

Erkenntnis der Doppelseitigkeit von Verbrechen und Friedlosigkeit bereits den Standpunkt jenseits von Recht und Unrecht ein, welcher der Standpunkt der Altertumswissenschaft jeder Art — wie vornehmlich der vergleichenden Rechtswissenschaft menschheitsgeschichtlicher Tendenz — zu sein hat, und sie vermag von den Uebergangszeiten, welche vorzüglich das germanische Recht repräsentiert, ein klares Bild zu geben.

Es wäre allerdings wunderbar, wenn ihr die historische Doppelnatur des germanischen Rechts mißverstanden bliebe, wollte sie die sphinxische Natur aller institutionellen Kontamination, wie sie nirgends deutlicher als im germanischen Recht zu Sichte kommt, den augenfälligen Gegensatz, in dem die sich vollziehende Kontamination der Institutionen sich von dem Zustand der vollzogenen Kontamination und der endlich erzwungenen Einheit-in-sich der neu entstandenen Institution abhebt, auf das dogmatische Evolutionsschema hin weginterpretieren oder ignorieren. Eine Historie, die das Zusammenstoßen zweier Weltalter (es brauchen nicht einmal die Grenzen zu sein) im germanischen Recht verkennt und unter Verstümmelung und Herabsetzung der alten Menschlichkeiten dogmatische Homogenität der institutionellen Figuren setzt, ist eben der Materie nicht kongenial — sie verrät mindestens Romanismus als ihren methodischen Standpunkt.

20.

Wie alles Recht, so ist das germanische Recht nicht anders als genetisch zu erklären. Gerade das germanische Recht ist eine Materie, welcher gegenüber jeder dogmatische Standpunkt von vornherein illusorisch wird.

Man hat, um das germanische „deliktische Privatrecht“ zu erfassen, die Doppelnatur von Friedlosigkeit (Exekutive) und Verbrechen (Rechtshandlung), die die deutsche Rechtsgeschichte lehrt, scharf festzuhalten: daß diese Doppelartigkeit zwei ganz verschiedene Vorstellungssphären, kategoriale Gegensätze bedeutet.

Schwere und leichte Friedensbrüche sind niemals, solange das germanische Recht jenes deliktische Privatrecht ist, dogmatisch (homogen) gegenüberzustellen — das wäre ein böser methodischer Fehler; und ebenso sind die „subjektive“ Friedlosigkeit des vergeltungsrechtlichen Privatfriedensbruchs und die „objektive“ Friedlosigkeit des hochgerichtlichen Frevels Friedensbruch durchaus disparate Begriffe.

Diese disparaten Begriffe haben historisch kontaminiert, und sind dann wiederum, aber coordinativ gegenübergetreten; das bedeutet die Verschmelzung von Hochgerichtsordnung und Vergeltungsordnung zur Friedensordnung und zum Rechtsrecht. Die Periode des Ueberganges vom Vergeltungsrecht (dem sog. „Selbsthilfe“recht) zum Rechtsrecht — die Periode der institutionellen Kontamination — ist die Zeit der strengen Alternative von Klagrecht und Fehderecht, und findet in dem (mittelbaren und unmittelbaren, direkten und indirekten) Zwang zur Komposition ihren vollkommenen Ausdruck.

Die Bezeichnung „Selbsthilferecht“ für das Vergeltungsrecht ist zum mindesten leicht irreführend; denn die „Selbsthilfe“ ist Charakteristikum für alle drei Entwicklungsperioden: Die Alternativ-Selbsthilfe bildet das evolutionäre Bindeglied zwischen der rechtsgerichtlichen Selbsthilfe der rechtshistorischen Gegenwart und der Selbsthilfe des Rechts der unvergeltbaren Vergeltung — als welche zwei menschheitsgeschichtliche Epochen verkörpern, und einander so wesensfremd sind wie das Maultier zum Pferd.

21.

Die rechtlichen Zustände der Kontaminationszeit lassen sich nicht dogmatisch konstruieren; es kann sich nur darum handeln, die ersten Kreuzungspunkte von Hochgerichtsordnung und Vergeltungsrecht, und die nachmaligen unregelmäßigen Schnittlinien der beiden Ideenwelten beschreibend — genetisch — festzulegen.

Vornehmlich setzt die Kontamination an drei Punkten ein, von hier aus sich über den ganzen Kreis beiderlei Figurationen verbreitend; man kann einen ungefähren Anhaltspunkt hierfür durch die Analyse des Werdens der Exekutividee nach ihren beiden Wurzeln gewinnen.

Zunächst decken sich schon für das formale Empfinden der Zeit die Nichtachtung der Dingordnung und die Nichtbeachtung und Nichtanerkennung der Formalitäten der Vergeltungsordnung: auch außerhalb der moralischen Einschätzung von solchen sich als Feigheitlichkeiten und folglich deliktsmäßiges Tun darstellenden Ding-, d. h. Heeres-nicht-Folge und Nichtannahme der vergeltungsrechtlichen Provokation zum unvergeltbaren Zweikampf vor der Oeffentlichkeit — dem Ding zuletzt — muß für jene Zeit, welcher die Dingpflicht naturgemäß eine gewissermaßen abstrakte, d. h. nicht ihre ratio stets an der Oberfläche tragende Pflicht war, die Nichtfolge auf Ladung zum Ding und das Sich-nicht-Einstellen auf Ladung vor das Ding (die Ablehnung des kampflichen Grußes) schon rein formell durchaus zusammenfallen. Beides ergibt historisch die formale Seite des rechtlichen Gerichtszwanges — die vergeltungsrechtliche Qualität der Exekutive, welche in dem wunderlichen Gegen- und Ineinander von staatlicher (sozialer) Interessiertheit und Parteiwillkür ihren Ausdruck findet.

Zugleich und vor allem aber bedeutete solch ein Zusammenklingen für jene stark besaiteten kriegerischen Barbaren doch die einheitliche Grundstimmung gegenüber allen Feigheitlichkeiten: die Verachtung der Feigheit als erstes prinzipielles Element der Exekutive. Alle Arten Heimlichkeit und feige Niedertracht verstießen ebenso gegen die Vergeltungsordnung, deren Gerechtigkeit doch die Freiheit und Offenheit aller Gewalttat war, wie gegen die Moral des Hochgerichts, nach welcher jede Feigheit Hoch- und Landesverrat war.

So mußte denn zuleichtest der (heimliche) Mord aus der

Reihe der vergeltungsrechtlichen Untaten hinausgehoben und zugleich Hochgerichtsfrevel werden.

22.

An der Geschichte des Mordes zeigt sich so, daß jenen Völkern bei aller Verschiedenheit eine gewisse psychologische Grundstimmung gemeinsam ist.

Wer an diese Geschichte herantritt, darf keinerlei Ansprüche an das juristische Unterscheidungsvermögen der alten Zeit erheben; schon von der „Mangelhaftigkeit“ dieses Vermögens zu sprechen, ist zwiefach ein methodischer Fehler. Denn es ist schlechterdings nicht vorhanden: man darf weder ein psychologisch erkennendes Unterscheidungsvermögen der alten Zeit annehmen, noch überhaupt irgendwie ein juristisches, d. h. Recht und Unrecht, Recht und Gewalt empfindendes und wägendes Geistesvermögen. — Nur außerhalb jeder Recht und Unrecht, logisch und unlogisch unterscheidenden Betrachtungsweise vermag man die psychologische Grundstimmung jenes alten Menschentums zu erfassen, welches im prähistorischen Jenseits von Recht und Unrecht, logisch und unlogisch steht, und nur der insoweit unbefangenen Betrachtungsweise eröffnen sich die psychologischen Unterschiedlichkeiten in jener ältesten Menschen- und Weltanschauung.

Gemeinsam ist dem alten Menschentum die „rechtliche“ Einschätzung des Verwandtenmordes; aller alten Zeit ist er zugleich eine psychologische Unfaßlichkeit und eine vergeltungsrechtliche Unmöglichkeit (denn wie kann sich die Blutrache gegen sich selbst kehren?). Demnach ist die „rechtliche“ (und psychologische) Folge des Verwandtenmordes die besondere Sakralität des Verwandtenmörders; sie ist nicht identisch mit der hochgerichtlichen Friedlosigkeit, sondern eine ihr parallele Figuration (im letzten Grunde gehen naturgemäß beide Friedlosigkeiten und folglich beide Untaten auf dasselbe reaktive Prinzip hinaus: Die hochgerichtliche objektive Friedlosigkeit dessen, der sich gegen die

Volksgesamtheit auflehnt, also hier entsprechend die Friedlosigkeit des Königsmörders, und die Sakralität des Verwandtenmörders dürfen dann als aus gleicher Wurzel kommende Institutionen gesetzt werden, wenn der Zusammenhang von Hochgericht und Vergeltungsrecht evolutionär aber undogmatisch konstruiert ist). — Sie ist auch nicht insofern mit dem Hochgerichtsurfrevel Königsmord gleicher Wurzel, als ob etwa der Elternmord Prototyp des Verwandtenmordes wäre. Das Wesen dieser Untat Verwandtenmord ist, daß sie außerhalb des vergeltungsrechtlichen und außerhalb des hochgerichtlichen Kodex steht und dennoch beiden zu unterliegen scheint. Und diese psychologische — und früheste dogmatische — Unmöglichkeit findet füglich in der moralischen Weltanschauung ihren Ausdruck, — als welche niemals das entwicklungsgeschichtliche und folglich logische prius ist. Gegen diese urmoralische Anschauung vom Verwandtenmorde spricht vor allem jener uns unverständlichste, aber historisch nicht wegkonstruierbare Brauch des Alteleute- und das ist Elternmordes.

Der Verwandtenmord schuf so eine Konstellation, welche die Verschmelzung von Hochgericht und Vergeltungsrecht erheblich begünstigte: in der Sakralität des Verwandtenmörders entstand ein psychologisches Bindeglied zwischen dem Vergeltungsrecht und dem Hochgerichtsrecht.

Die Art dieser Verbindung und in der in ihr beginnenden institutionellen Kontamination ist bei den verschiedenen Völkern sehr verschieden, und demnach ist der entwicklungsgeschichtliche Weg vom vergeltungsrechtlichen Mord zum Hochgerichtsfrevel Mord ein sehr verschiedener.

Wo eine offene und eine versteckte Tötung unterschieden wird, derart, daß in irgendeinem Sinn die offene Tötung anders, d. h. höher gewertet wird (und dies findet darin seinen Ausdruck, daß die offene Tötung später ins Rechtsrecht konvertiert, und noch nachmals in irgendeinem Sinne — z. B. als Duell — eine rechtliche Bevorzugung genießt), da ist in der

institutionellen Kontamination jene — germanische — Einschätzung von Feigheitlichkeiten das maßgebende Prinzip gewesen. In einem republikanischen Volke, welches ein Volk von Königen zu sein vermeint und auf gegenseitige Unverletzlichkeit erheblichen Wert legt, entsteht die Hochgerichtlichkeit des Totschlages vornehmlich durch Ausdehnung des Begriffs Königsmord auf den Volksgenossenmord, — und in einem Volke, welches aus dem Verwandtenmorde die sittliche Grundidee für seine poetische (künstlerische) Weltanschauung schuf, so das Vergeltungsrecht durch sich selbst überwindend, ist die Entwicklung der rechtlichen Figuration nach wieder anderer Art.

Vielleicht kann man behaupten und zu beweisen suchen, daß alle diese Anschauungen, der Bluts-, d. h. Geistesverwandtschaft dieser Völker entsprechend, in jeder der verschiedenen Rechtsentwicklungen irgendwie wirksam gewesen sind. Tatsächlich lassen sich alle diese Anschauungen mindestens als eine Volksetymologie der Institution überall irgendwie nachweisen.

23.

So mußte denn überall der Mord zuerst aus der Reihe der vergeltungsrechtlichen Untaten hervorgehoben und Hochgerichtsfrevel werden.

Indem schließlich der Diebstahl ebenfalls zur Zuständigkeit des Hochgerichts gezogen und schließlich jeder Friedensbruch zum hochgerichtlichen Frevel Landfriedensbruch geworden war, hatte die Kontamination kulminiert. — Die Hochgerichtsordnung mußte aus sich nunmehr das privatrechtliche Delikt gebären, wenn sie sich nicht selbst aufheben wollte; sie tat — beides, indem sie einerseits das deliktische Eigentumsrecht schuf, und daneben bis in späte Zeiten auf die levissima crimina, und gerade auf beide Art crimen levissimum, deren Funktion eben das deliktische Eigentumsrecht war, Hochgerichtsstrafe legte.

Aller historischen Kontaminationsbewegung wohnt eine wunderbare Trägheit inne.

24.

Die Untaten der Verschmelzungszeit sind nicht etwa, wie es der Anschein will, als „gegen verschiedene gesellschaftliche Lebensgüter gerichtet“ zu konstruieren. Man hat vielmehr jede Untat als in doppelter institutioneller Figuration vorhanden zu setzen: zwei Kategorien von Begriffen flossen ineinander, zwei Vorstellungswelten fielen für die alte Zeit und ihr „mangelhaftes juristisches Unterscheidungsvermögen“ zusammen, nicht zwei Möglichkeiten der Konstruktion.

Bis zur Zeit der völligen Konsolidation der aus jener Verschmelzung gewordenen neuen Institution (Rechts- und) Friedensordnung — und bis dahin ist eben die Verschmelzung auch noch im steten Fluß — behalten die „Rechts“zustände ihre doppelte Vorstellungsart (institutionelle Figuration) und sind jeder Dogmatik völlig unzugänglich.

So ist vor allem die dogmatische Alternative vom öffentlichen und gemeinen Friedensbruch, in welcher Form sie auch auftrete, mindestens methodisch irreführend. Einmal ist damit, mindestens für allen Anschein, eine kategoriale Parallele, ein dogmatisch unmöglicher disparater Gegensatz aufgestellt; außerdem aber verschieben sich auch die Grenzlinien auf eine durch diesen Gegensatz nicht erfaßliche Weise: mit der um sich greifenden Verschmelzung gewinnt der „deliktische“ Privatfriedensbruch des Vergeltungsrechts eben hochgerichtliche Natur, er wird Hochgerichtsfrevel — oder „schwerer Friedensbruch“. Das aber heißt doch nichts anderes, als daß zugleich die Hochgerichtsfrevel sich formal den vergeltungsrechtlichen Untaten anpassen; denn Friedensbruch ist ein Begriff des Vergeltungsrechts, eine formale Vorstellung. Und so gibt es während der ganzen Verschmelzungszeit „begrifflich“ nichts anderes, wie verschiedene Formen des schweren Friedensbruchs (Landfriedensbruch), von denen einige noch außerdem ver-

geltungsrechtliche Figurationen sind. Bis zuletzt sind in der Verschmelzung zwei Kategorien von Rechtsbegriffen unterscheidbar.

Zuerst vereinigte der Königsmord jene beiden Vorstellungswelten in sich; die rechtliche Figuration dieser unheilvollen, nur aus Verblendung kommenden (d. h. verstandenen) Untat ist einmal „Hochgerichtsfrevel“ — und füglich zugleich „vergeltungsrechtliche Untat“. Nachmals haben Mord, Untaten vorwiegend sakraler Natur und Feigheitsuntaten in sich kontaminiert. Die disparate Idealkonkurrenz im Diebstahlstreit bildet den Höhe- und Wendepunkt.

25.

Es ist der Grundfehler des evolutionären Geschichtsdogmatismus, eine in sich einheitliche, nur unentwickelte oder verkümmerte Rechtsanschauung der alten Zeit anzunehmen (z. B. ein universales Kriminalrecht von verschiedenen Entwicklungsphasen), eine homogene Materie Recht, die sich mit der Entwicklung des „unentwickelten juristischen Unterscheidungsvermögens“ aus sehr einfacher und natürlicher Anlage heraus einfach entfaltet.

Die Institution Friedensordnung der Uebergangszeit, welche das Hochgerichtsrecht und das Vergeltungsrecht in beginnender Kontamination als formale Einheit zusammenfaßt, hat noch keine in sich methodisch einheitliche Figuration; die Rechtsbegriffe bilden noch nicht ein in sich einheitliches System, sie bilden noch keine Kategorie homogener Begriffe. Vielmehr gehören sie je nach der (fakultativen, alternativen) Betrachtungsweise und der somit hervortretenden Seite den verschiedenen Kategorien Hochgericht und Vergeltungsrecht an. Derweilen sind sie dogmatisch unkonstruierbar.

„Friedensbruch“ und „Friedlosigkeit“ sind jedes in sich zwiefacher und disparater Bedeutung; ihr An-sich, Nebeneinander und Zueinander ist dogmatisch (kategorial) unkonstruierbar: der Friedensbruch zieht nicht begrifflich (in welcher

Art dies konstruiert sei) Friedlosigkeit nach sich. Das behaupten wollen würde die Historie der Kategorienkontamination dogmatisch, d. h. auf die Perspektive der kategorialen Einheit hin, gewaltsam korrigieren heißen.

Die Gemeinkundigkeit des Verbrechens ist „begrifflich" zur subjektiven Friedlosigkeit erforderlich; nur Hochgerichtsfrevel zieht virtualiter objektive Friedlosigkeit nach sich — aber nichts lag der alten Zeit ferner als solche Distinktionen, etwa von begrifflicher Zurückbezüglichkeit. Es ist das Wesen aller organischen Kontamination, im Unbewußten, außerhalb allen Bewußtseins von Kontamination vor sich zu gehen. Als wargus und faidosus Synonyma wurden, als sich die Friedlosigkeit des Wolfes auf den vergeltungsrechtlichen Friedensbruch ausdehnte, da verlangte hier die in der Verschmelzung noch mächtige Idee des Vergeltungsrechtes nach wie vor gebieterisch die formale Offenkundigkeit der Untat und ihrer Ahndung. Nicht anders wurden die Bluts-, d. h. vergeltungsrechtlichen Bande zerschnitten, und war die hochgerichtliche Ahndung des Verbrechens „begrifflich möglich", d. h. vor Gegenfehde, ja vor Verneinung des staatlichen, d. h. hochgerichtlichen Gedankens durch die souveräne Sippe geschützt, als daß den Formen des Vergeltungsrechts genügt war.

26.

Das Recht des wargus und das Recht des faidosus bilden im Zusammenwachsen das deliktische („Straf"-) Privatrecht der alten Zeit — und das germanische Recht mag als Typus der Entstehung von Friedens- und Rechtsordnung aus der Verschmelzung der beiden verschiedenartigen Vorstellungswelten Hochgericht und Vergeltungsrecht gelten; es ist typisch indogermanisches Recht formalistischer Herkunft, d. h. ein Vergeltungsrecht, welches, in das Hochgericht hineinwachsend, zum Friedensrecht wurde, ehe die Billigkeit des Schiedsgerichts seine Gerechtigkeit war.

Wie bei aller institutionellen Kontamination, so fand hier

gegenseitiges, nicht einseitiges Durchdringen statt: jene beiden Elemente waren im alten formalen Friedensrecht zu molekularer Einheit verschmolzen. Deutlich läßt sich das gegenseitige Durchdringen in zwei Vorgängen erkennen.

Der eine von beiden Vorgängen ist die Aufnahme der vergeltungsrechtlichen Ideen in das Hochgerichtsrecht. — Friedensbruch bedeutet einen frühesten abstrakten Begriff, eine früheste Kategorienbildung: indem unter den vergeltungsrechtlichen Begriff „Friedensbruch" durch seine Uebertragungserweiterung der Hochgerichtsfrevel subsumiert wurde.

Durch diese Ausdehnung der vergeltungsrechtlichen Vorstellungen auf die Hochgerichtsfrevel wird zu frühest die „Absicht" in einer menschlichen Handlung verständlich. Denn das Ungeheuerliche (firina) war zuvor stets für jede Vernunft dunkel und unverständlich — psychologisch irrationell, nur als Verblendung, Betörung rationell-psychologisch faßlich. Erst dadurch, daß der anarchisch sich gegen die Gesellschaft Auflehnende — das kranke Glied am Organismus, welches reaktiv abgestoßen und durch aktives Tun vernichtet wird — das befleckende μιασμα, so im göttlichen, von künstlerischer Welt- und Menschanschauung erdichteten Spiegelbild erscheinend — der „Wolf" mit dem faidosus in eins fließt, wird ein psychologisches Verständnis für die Verblendung möglich: erst dadurch, daß der wargus dem faidosus gleichgestellt ist, wird in der unfaßbaren „Ungeheuerlichkeit" des Tuns die gegen die Gemeinheit gerichtete feindliche, landesverräterische Gesinnung „erkannt", und als für alles kriegerische Gemüt nur zu verständlicher normalmenschlicher feindseliger Wille, als Absicht in ungeklärter dogmatischer Konstruktion verstanden.

Welchen Verlauf die psychologische Entwicklung dieses Verständnisses nimmt, wie der freie und unfreie Wille heraufkommt (oder wie die Götter alle Schuld auf sich nehmen), im ganzen die Lehre von der deliktischen Schuld und folglich der außerdeliktischen Rechtswidrigkeit — das alles kann hier füglich im einzelnen unerörtert bleiben. Es genüge, hier fest-

zustellen, daß die Hochgerichtsbarkeit (i. e. S.) erst durch die Aufnahme der Idee der formalen Exekutive die psychologischen Grundlagen gewann, welche die Irradiation entwickelter und sich entwickelnder ethischer und pädagogischer Ideen ermöglichte. Diese ethisch-pädagogischen Momente der Rechtsexekutive unserer rechtshistorischen Gegenwart gelangen erst von der patriarchalen Schieds- und Friedensgerichtsbarkeit in die Staatsexekutive der alten Zeit. Je nachdem Hochgerichtsbarkeit (hier in einem weiten, dogmatisch nicht scharf abgegrenzten Sinn: Gewalt der Heer- und Ding-, zuletzt Wirtschaftsordnung und ihrer Festlegung) und Friedens-Schiedsgerichtsbarkeit (ebenso in einem weiten Sinn, als patriarchale Autorität der patriarchalen Weisheit) zusammenfallen, geht jener Entwicklungsgang langsamer oder schneller oder auf Umwegen. Jedenfalls aber ist festzuhalten, daß der ältesten fehde-geschlechterstaatlichen Hochgerichtsbarkeit und ihrer Exekutive die psychologische Grundstimmung der methodosophischen Strafe fehlte.

Das Hochgericht nahm den Formalismus des Vergeltungsrechtes in sich auf — das aber heißt, daß der vergeltungsrechtliche Formalismus des verhandelnden Verfahrens hier erst das ethische Strafrecht der Gegenwart möglich gemacht hat: den psychologischen Parteiprozeß und seine ethisch-pädagogische Funktion.

27.

Andererseits nahm das Vergeltungsrecht die Ideen des Hochgerichts in sich auf und diese Ideen schufen das Fehderecht zu einer staatlichen Institution um; sie verliehen dem Fehderecht das erkennende Gericht und seine Formen. Indem Formalismus des erkennenden Verhandelns und Formalismus der Norm mit Formalismus des Streitens zum Formalismus eines einheitlichen Verfahrens zusammenflossen, waren die Voraussetzungen zur völligen (bereits in der vergeltungsrechtlichen Sühneschiedsgerichtsbarkeit andersartig begonnenen)

Durchdringung des Fehderechts mit der Moral der schieds- und friedensgerichtlichen Billigkeit gewonnen.

Das vergeltungsrechtliche Verfahren wurde langsam zu einem rechtlichen Verfahren; naturgemäß verlor der Grundgedanke des Vergeltungsrechts, die Publizität, an rigoroser Strenge, blieb aber, wenn auch in verwandelter, insbesondere von neuem kontaminierter Form, stets wirksam.

Diese ideale Uebertragung vom Recht des wargus auf den im Grunde des Hoch- und Landesverrates mindestens unschuldigen faidosus führte zunächst aber zu fürchterlichen Konsequenzen; nicht nur wurde das bloße Nichtbeachten privater gerichtsformaler Fehdeansage — als Nichterscheinen auf private Ladung vors Ding, auf Privatklage — zum Hoch- und Landesverrat, sondern es wurde somit auch die Eigentumsentziehung, selbst wenn mit billigem Recht oder mindestens gutgläubig vorgenommen, formal-virtuell mit Todesstrafe belegt (wenn anders man die hochgerichtliche aktive Gesamtreaktion eliminatio als Strafe bezeichnen darf).

28.

Das Resultat der historischen Kontamination, die formale Friedensordnung der Uebergangszeit, ist als Einheit ein formales Nebeneinander heterogenster Elemente, welche unvereinbare (disparate, kategoriale, institutionelle) Gegensätze bleiben, sich aber dennoch so gegenseitig durchdringen, daß das Nebeneinander schier als Ineinander erscheint. Notwendig mußte die Kontamination zur neuen kategorialen Teilung — im Strafrecht und Privatrecht, entsprechend den Präexistenzformen Hochgericht und Vergeltungsrecht, und füglich in Zwischen- und Zwittermaterien — führen, und zur kategorialen (dogmatischen, genauer methodologischen) Einheit, Rechts- und Staatsordnung.

Keine jener beiden historisch neuen Institutionen konnte nach ihrer Idee und ihrer Gestaltung frei vom Einfluß der heterogenen Ideenwelt werden; denn auch außerhalb aller nach-

maligen äußerlichen methodologischen Einheit blieben in jeder die heterogenen — molekular immanenten oder konglomerat verbundenen — Elemente von der anderen lebendig und wirksam. Staatliche Interessiertheit an sich — und staatliche Interessiertheit auf Grund von Parteiwillkür — diese beiden Anschauungsformen der Exekutive wuchsen nach ihrer präexistenten Verschmelzung als Vorstellungswelt der Hochgerichtsordnung und der Vergeltungsordnung wieder aus der Verschmelzung heraus; aber im Grunde blieb jede der anderen immanent.

Und so mußte die institutionelle Kontamination ewig neue Mißverständnisse der intuitiven wie der spekulativen Weiterbildung zur Folge haben. Alle moralische Inquisition im Privatrecht und alle moralische Rationalität vom Parteiprozeß im Strafrecht — und füglich deren Verneinungsformen — gehen auf sie zurück.

29.

Jene formale Verschmelzung fand im prähistorischen Jenseits von billig-recht und -unrecht statt, und noch lange war das formale „Recht“ außermoralisch im Sinne der Gerechtigkeit, der Billigkeit: in der Friedensordnung der Uebergangszeit überwiegt die Idee der formalen, unprinzipiellen Exekutive einerseits, des unpsychologischen Hochgerichtstrafrechtes andererseits.

Die ethische Gerechtigkeit nahm am Eigentumsstreit ihren Ausgangspunkt. Erst dadurch, daß mit der Aufnahme des vergeltungsrechtlichen Elementes für die hochgerichtliche Institution Friedensrecht (Privat- und Strafrecht) die psychologischen Grundlagen des Richtens geworden waren, konnte der starre hochgerichtlich-vergeltungsrechtliche Formalismus der Friedensordnung im Diebstahls-Eigentumsstreit die Billigkeitsidee des Schiedsgerichtes — die Moral der Billigkeit — in sich aufnehmen.

Wie aber ging diese Aufnahme der Billigkeit vor sich?

30.

Die Zeit der disparaten Verschmelzung ist durch die Cäsur des Rechtsverfahrens verkörpert; an deren rechtsfiguraler Entwicklung vermögen wir auch ein klares Bild von dem Eindringen der Billigkeit in die formale Friedensordnung zu gewinnen.

Das Rechtsverfahren in der formalen Friedensordnung scheidet sich in das Sühneschiedsgerichtsverfahren und das Austragsverfahren (d. h. das Verfahren der unvergeltbaren Vergeltung: die kampfliche Austragung der Fehde vor Gericht); in jenem hat eine formale und prinzipielle Verschmelzung stattgefunden, in diesem nur eine rein formale. Während dort also die formale Friedensordnung bereits homogenen Charakters ist, zeigt sich hier — und das heißt eigentlich allein in dem formalen Nebeneinander von Sühneschiedsgerichtsverfahren und Austragsverfahren — die Kontamination in ihrer scharfen Disparanz.

Die Friedensordnung als Ganzes wird dadurch eine homogene Institution, daß das Austragsverfahren dem Sühneschiedsgericht untergeordnet wird: die formale Oeffentlichkeit des Vergeltungsrechtes (d. h. im Grunde niemand anders, als die durch die vergeltende Gewalttat betroffene Sippe) wird zur materiellen Beweisadresse und fließt demgemäß mit dem erkennenden Gericht in eins, und die formale Gewaltbetätigung des Rechts der unvergeltbaren Vergeltung wird zur Exekutive.

Die Friedensordnung, so einmal in sich einheitlich geworden, absorbiert nunmehr naturgemäß die andere Hälfte des Vergeltungsrechts; der Fehdegang wird zur Selbsthilfe.

Diese Absorption schreitet langsam vorwärts, unter mancherlei Um- und Rückwegen. Auch heute ist ein Teil des Vergeltungsrechts nur formal in die Rechts- (und Friedens-) Ordnung hineingegliedert.

31.

Wie das Duell der rechtshistorischen Gegenwart (es sei hier füglich von seiner Entwicklungsgeschichte abgesehen, welche ein gutes Beispiel für das institutionelle Werden ist), so stand jenes vergeltungsrechtliche Austragen der Fehde außerhalb aller Anschauung (und folglich Betrachtung) von Recht und Unrecht, von logisch und unlogisch. Indem sich dieses der alten Weltanschauung, jenes der rechtlichen Weltanschauung der rechtshistorischen Gegenwart formal einfügte, mußte naturgemäß solche disparate Kontamination für alle rationale Betrachtung oder jede auf einfache Wurzel hin grabende und fragende Untersuchung eine sinnwidrige Konfusion von Nonsens, Zufall uud wunderlicher doppelter Moral sein.

Der gerichtliche Zweikampf, welcher doch eine besondere Kategorie der Anschauung, die Vorstellungswelt des Vergeltungsrechts repräsentierte, wurde deklassiert, indem er der foralen Kategorie adaptiert, d. h. zum Beweisverfahren wurde.

Dieses Homogen-Werden der Friedensordnung, welches als Rationalisierung eines absurden Verfahrens, insbesondere des Beweisverfahrens erscheint, ist für den Rationalismus der evolutionären Geschichtsdogmatik füglich unfaßlich. Es erhellt: Solche Rechtsgeschichte (romanistischer Methode, d. h. evolutionär-dogmatisch verderbter historischer Rechtsauffassung) [2]) greift naturgemäß vorbei, und naturgemäß muß all ihr unangebrachtes Moralisieren (welcher Art es sei) über Recht und Gewalt, moralische und irrationale Korrumpierung des Be-

[2]) Diese Erkenntnis ist hart. Aber eine einfache materielle, zunächst außer allem methodischen Betracht gehende Zweiteilung der Rechtswissenschaft in Germanismus und Romanismus zeigt, daß der evolutionäre Dogmatismus den Namen Romanismus der Methode zu tragen bestimmt ist, — ich bitte mit einem (absprechenden) Urteil zu warten, bis ich den Beweis für diese, meine methodischen Grundanschauungen verkörpernde Terminologie angetreten haben werde.

weisverfahrens und des richterlichen Erkennens notwendig auf sie selbst zurückfallen; und jedenfalls wird man zugeben müssen, daß jene andere, ehrwürdige Gelehrsamkeit mit ihren idealisierenden Anschauungen vom germanischen Altertum einfach deshalb auf bessere Methodik hinausging, weil sie dem Recht kongenial fühlte und sohin, intuitiv das Richtige treffend, über die Fehlerhaftigkeit ihrer Anschauung von den „einfachen und klaren Rechtsvorstellungen der alten Zeit“, d. h. zuletzt den Irrtum vom uranfänglich angeborenen Rechtsgefühl hinwegkam, also schließlich zum selben Ergebnis wie jene gewisse sehr unbefangene und heute vorbildliche Wissenschaft der deutschen Rechtsgeschichte gelangte.

32.

Die hochgerichtliche Natur des Sühneschiedsgerichts jener Verschmelzungszeit — die Idee der Exekutive — liegt in dem Zwang zur Austragung des Streites, welche als litis contestatio, Streitfestlegung, oder, auf Grund einer verfänglichen Perspektive ex post: als Urteilserfüllungsvertrag erscheint.

Zugleich ist füglich dem Sühneschiedsverfahren die patriarchale Idee der Billigkeit immanent, jedoch auf eine je nach dem Ueberwiegen des patriarchalen Elementes in der Kontamination sehr verschiedene Art. Eine andere Entwicklung ist es, welche die Billigkeit des foralen Rechts in der staatspatriarchalen Sühne-Schiedsgerichtsbarkeit schnell und sicher entstehen läßt — eine andere jene, welche durch künstlerische Gestaltung der das Menschenleben göttlich abspiegelnden Götterwelt die hochgerichtliche Idee der Exekutive in das Sühneschiedsgericht hineinprojiziert — und eine andere wieder, welche die Billigkeit erst zu spätest in die formale Verschmelzung von Hochgericht und Vergeltungsrecht hineinwachsen läßt; von dieser geht hier die Rede.

33.

In der formalen Verschmelzung von Hochgericht und Vergeltungsrecht fehlt die Idee der erkennenden Billigkeit. Wenn aber auch die Tatbestände des Vergeltungsrechts durchaus unprinzipiell, strengstens formal und außer aller erkennenden Billigkeit stehen, so ist gleichwohl allem Sühneschiedsgericht, im Gegensatz zu dem reinen Recht der unvergeltbaren Vergeltung (oder dem Vergeltungsrecht im engeren Sinne) doch die Billigkeit eigen, obschon sie formal und also als erkennende Billigkeit latent bleibt.

Denn die herkömmlichen vergeltungsrechtlichen Vermögensbewertungen der vergeltungsrechtlichen Untaten waren zu frühest aus Reihen von subjektiven Kompositionsabschätzungen ein objektiver vergeltungsrechtlicher Kanon geworden, und die Billigkeit des Messens und Wägens jener Schiedsgerichtsbarkeit bildete sich an ihm heran und bildete ihn weiter.

Mangels jeder exekutiven Autorität aber vermochte das Sühneschiedsgericht jener formalen Friedensordnung nicht aus sich selbst zu einem billig erkennenden Richten zu kommen: alles Verfahren (und folglich alles Recht) blieb formal, unprinzipiell, unbillig.

Erst über die billige Beweiswürdigung gelangt dieses Recht zur Billigkeit des Erkennens und somit zur Billigkeit des Rechts.

34.

Die Entwicklung des billigen Beweisverfahrens ist als Rationalisierung des Austragsverfahrens historisch und psychologisch nachzurechnen; man hat nur die Wurzeln des Beweisgedankens in jede der kontaminierten Grundinstitutionen hinein zu verfolgen, um zu erkennen, daß sie naturgemäß hier zusammenwachsen mußten.

In allen drei Grundinstitutionen wurzelt die Rechtsidee

des Beweises. Dem Hochgericht ist die inquisitorische Wahrheitserforschung eigen, sie wurde folglich auf die mit dem Hochgericht kontaminierten vergeltungsrechtlichen, insbesondere sühneschiedsgerichtlichen Elemente, d. h. auf alle Figurationen der Friedensordnung übertragen. Und analog ist der (der Idee inquisitorischer Wahrheitserforschung durchaus verschiedene) Gedanke der billigen, d. h. auch nach Maßgabe der Parteiwillkür gehenden Beweiserhebung und -würdigung dem Sühneschiedsgericht immanent, und mußte ebenfalls in die Figurationen des Friedensrechts hineinwachsen. Endlich aber war gerade das Austragsverfahren besonders geeignet, beide Arten des Beweisgedankens in sich aufzunehmen. Denn dieser Figuration des Rechts der unvergeltbaren Vergeltung war der formale, d. h. nur die Vornahme der Gewalt als solche anlangende Beweisgedanke eigen, und so mußte die formale Oeffentlichkeit des Austragsverfahrens unter der Irradiation der Beweisidee des Hochgerichts und des Sühneschiedsgerichts sich leicht und glatt in eine materielle Beweisadresse verwandeln.

35.

Im Wege einer wunderbaren Volksetymologie der Institution wird das vergeltungsrechtliche Austragsverfahren zu einem Beweisverfahren; dies und nichts anderes bedeutet das als Rationalisierung *des* Beweisverfahrens erscheinende Homogen-Werden der formalen Kontamination Friedensordnung.

Diese rechtsepochale Verwandlung geschah durch gedankliche Umgestaltung des Austragsvertrages. Austragsvertrag (und vertragliche Austragung) soll in einem weiten Sinn verstanden sein, alle die sehr verschiedenen einfachen und komplizierten Formen umfassend, welche der ursprüngliche Vertrag historisch angenommen hatte.

Eid und Vertrag ist ursprünglich in dem Sinn dasselbe, daß Eid nichts anderes als die Erscheinungsform des Vertrages ist. Der alte Eid ist eine subjektive Selbstverfluchung, welche

man als Präexistenzform der objektiven Verpflichtung anzusehen hat; er ist ein Versprechen (sich versprechen) in Form einer Versprechensbekräftigung, nicht eine Wahrheitsbekräftigung. Dieser Gedanke fehlt vielmehr anfänglich durchaus, mußte aber entwicklungsgeschichtlich überall mit Notwendigkeit heraufkommen.

Die Selbstverfluchung für den Fall des Nichtworthaltens wurde zur Selbstverfluchung für den Fall des Nichtwahrsprechens, und so zu einer Beweisinstitution.

36.

Die gedankliche Umgestaltung des Austragsvertrages geschah einmal durch seine Fiktion zur Wette über eine Prozeßbürgschaft.

Aehnlich wie der kampfliche Gruß das „Recht“ auf Gewährung eines ordentlichen Austragsverfahrens vor dem Hochgericht entstehen ließ, so ergab diese institutionelle Volksetymologie des Austragsvertrages den „Anspruch“ auf Gewährung eines (füglich nur hinsichtlich der Beweisfrage) billigen Urteils (in diesem institutionellen Werden des Privatrechts ein „Recht“ oder einen „Anspruch“ [im technischen Sinne] gegen die forale Funktion der Volksgemeinschaft zu konstruieren, ist zweifach ein methodischer Fehler, eher könnte man ein Gegenteil konstruieren wollen: die obrigkeitliche Verhaftung der Parteien). Von solcher Art der Rechtsentstehung blieb, einfach nach dem Trägheitsgesetz, auch später noch die besondere Cäsur des Verfahrens zurück.

Einer anderen Rechtsentwicklung zufolge wurde das kampfliche Austragsverfahren selbst rationalisiert.

Durch die hochgerichtliche Gleichstellung des „juret aut componat“ (in welcher Form es sei) wurde beiden die inquisitorische Exekutive immanent — welche aber, der Idee des Sühneschiedsgerichts entsprechend, nur gemäß Parteiwillkür einsetzte — und so mußte der Gedanke, für eine Behauptung zu kämpfen, notwendig zur Rationalisierung dieses „Beweis“-

kampfes führen. Die Austragung des Kampfes durch Gewalt, Macht (auch wunderlich naive Beeinflussung der Faktoren des formalen Verfahrens) oder durch das Los wurde zum Beweisverfahren.

37.

Am bezeichnendsten für diesen Vorgang (und bedeutsam jene analoge institutionelle Volksetymologie im römischen Prozeß aufdeckend) ist die moralische Rationalisierung des germanischen Gottesurteiles, welches sich als ideelle Kontamination vom hochgerichtlichen Los und vergeltungsrechtlichen Zweikampf ergab: aus der strafenden, d. h. zornig entscheidenden Gottheit wurde eine zugleich erkennende (helfende und schützende) Gottheit, und aus dieser Idee entstand ein Ritual vom Orakel der Wahrheit.

So nur trat für das germanische Recht der religiöse Gedanke in der Rechtsentwicklung als Faktor auf, welcher anderswo frühestens jeden Eid zum Gottesurteil schuf. Denn der Formalismus des Prozesses war im germanischen Recht vornehmlich vergeltungsrechtlich, während für das römische Recht in der historischen Kontamination Prozeßformalismus das hochgerichtlich-hierarchische Element überwog, auf welchem sein Prozeßzauber von der Klagbarkeit beruht.

Das Gottesurteil ist nirgends ein Anfang oder ein Ende, sondern stets nur ein Uebergang — ausweislich beispielsweise und insbesondere des langobardischen Rechtes, als welches das Bild einer dem schnellen Kulturwechsel entsprechenden schnellen Konvertierung des Vergeltungsrechtes zum Rechtsrecht darbietet. Denn der Zweikampf nach langobardischem Recht ist, typisch für die Kontaminationszeit, offenbar kein reines Beweisinstitut, aber doch dem gerichtlichen Verfahren soweit angegliedert, daß er kaum mehr als Fehdegang erscheint. Der hohen geistigen Kultur gemäß wird hier das „Gottesurteil“ bereits im Entstehen als irrationabilis consuetudo erkannt.

Und wie Gottesurteil (i. e. S.) und Zweikampf (i. e. S.)

rationalisierten oder als irrationabilis consuetudo dem Fortschritt anheimfielen, so rationalisierten die entsprechenden Formen der vergeltungsrechtlichen Sippenhilfe (der Vergelter, vindex, Eideshelfer, Bürge) zur Beweisinstitution, oder gingen als (Rechts-)Institutionen ein. (Genauer gesehen ist jedoch die vergeltungsrechtliche Sippenhilfe nicht verschwunden, sondern besteht noch in der rechtshistorischen Gegenwart weiter: einmal als rationelles Gegenteil ihrer ursprünglichen Form, und dann als vergeltungsrechtliche Figuration.)

38.

Das „Durcheinander von Recht und Gewalt“ in der formalen Friedensordnung wird dadurch zu einem einheitlichen Verfahren (um das rechtliche Verfahren handelt es sich füglich, nicht um rechtliche Zustände: die apriorische Gegenüberstellung von Bestehen und Ausübung der Rechte beruht auf dem schweren, das historische Verhältnis und also die dogmatische Kausalität — die Apriorität — umkehrenden Fehler des dogmatischen Evolutionismus), daß die Austragung der Fehde sich zur Austragung des Rechtsstreites entwickelt. Diese Verwandlung des Verfahrens bedeutet, das Austragsverfahren anlangend, zweierlei. Im Austrags„verfahren“ liegt nicht nur der Gedanke, daß die Streitenden für die Wahrheit ihrer Behauptung streiten, sondern zuerst und vornehmlich der Gedanke von ihrem männlichen Kampf für ihr gutes Recht.

Diesem doppelten Gedanken entsprechend erscheinen die Formen des Kampfaustragens als Beweisinstitutionen, zugleich aber wird die Streitaustragung zur Exekutive.

Auf eine wunderlich individualistische, unsoziale Weise bleibt die alte Cäsur des Verfahrens, nach dem die alte private Beweiserhebung auf irgendeine Weise foral geworden war, noch nachmals in den Figurationen privater Exekutive (Betreibung) wirksam.

39.

Aus dem so in sich einheitlich werdenden Gerichtsverfahren ging ein Gericht hervor, welches die Beweisfrage nach Billigkeit beurteilte, und aus dem Diebstahlsstreit im besonderen (dem methodologischen Eigentumstreitverfahren) erwuchs neben der Billigkeit der Beweiswürdigung die desaffektuierende, nicht Deliktsmäßigkeit, sondern Billig-Recht und -Rechtswidrigkeit wägende erkennende Billigkeit und ihre Methode.

Im Anfang der Kontamination also gab es, wie alle historische Untersuchung streng festzuhalten hat, weder erkennende Billigkeit, noch überhaupt ein Beweisverfahren. Danach bestimmt sich vor allem, welche historischen Bezeichnungen (d. h. Erkenntnisse) als methodisch fehlerhaft zu gelten haben, oder als mindestens verfänglich und zu Irrtümern führend.

Auch die scharfe Erkenntnis der deutschen Rechtsgeschichte, „daß allmählich dem Urteil eine Untersuchung vorausgeht“, läuft nur zu leicht auf die Anschauung des evolutionären Dogmatismus von der Urhomogenität der Rechtsinstitutionen hinaus: als ob es von Anfang an ein Beweisverfahren gäbe, welches nur dem Urteil folge, und als ob die Entwicklung des Verfahrens wesentlich in nichts anderem bestände, als in der naturgemäß stattfindenden Rationalisierung dieses Nacheinander. So begreift beispielsweise die Bezeichnung „Verhandlungsmaxime“, für die alte Zeit gebraucht, nur zu leicht das methodische Mißverständnis, als sei die (schiedsgerichtliche) Idee des Beweises dem alten Verfahren, wenn auch auf eine absurde Weise, immanent.

40.

Es ist ein ehrwürdiger Irrtum, das germanische Recht für ein Recht sozialistischen Charakters zu erklären. Das beruht vornehmlich auf einer Verwechslung (Gleichsetzung) von

Rechtsinstitution und Wirtschaftsform (und ist übrigens schon im körperschaftlichen Individualrecht widerlegt).

Das germanische Recht ist durchaus individualistisch, antisozialistisch, nämlich vergeltungsrechtlich. Das erhellt am alten Rechtsverfahren, welches nicht den Schutz des Klägers, sondern den des Beklagten zu bezwecken scheint, und insofern schon als Negierung alles Rechts gelten müßte. Diese alten Völker der Form und der Fehde waren, für unser Gefühl schier unfaßlich, geradezu anarchisch gesonnen: Sie beanspruchten jeder für sich das „Recht", noch in jedem Stadium des Rechtsganges auf den Fehdegang zurückgreifen — und also jederzeit beliebig die Rechtsordnung negieren zu dürfen. Vor allem mußte es nach dieser Welt- und Rechtsauffassung dem Beklagten freistehen, gegenüber der Klage auf Rechtsgang stets auf den Fehdegang zurückgreifen zu dürfen. Nur zu natürlich erschien diese Provokationsverkehrung als Umdrehung der Klage und folglich als merkwürdige — oder gerade heraus gesagt, absurde Verteilung der Beweisrollen, und mußte die alte Rechtsauffassung aus dieser Konstellation im Wege mannigfacher Volksetymologie der Institution ihre Konsequenzen ziehen: Das Verfahren wurde dahin zum Beweisverfahren rationalisiert, daß der Leugnende näher zum Beweise sei.

41.

Jene formale Verschmelzung hatte im prähistorischen Jenseits von Recht und Unrecht, logisch und unlogisch stattgefunden. Die Weiterentwicklung der formalen Friedensordordnung bestand in ihrem in-sich-einheitlich-Werden, und ihrer damit naturnotwendig sich ergebenden neuen Kategorienspaltung.

Diese weitere Entwicklung kann man als methodologische Rationalisierung der Rechtsordnung bezeichnen. Was dies, das Privatrecht anlangend, zunächst bedeutet, haben wir aus der Geschichte des alten Verfahrens ersehen; was die Ratio-

nalisierung des Strafrechts anlangt, so fiel es, ausweislich der mittelalterlichen Rechtsgeschichte, der alten Rechtsentwicklung schwer, wieder zu einem rationellen Strafrecht zu gelangen, nachdem dieses mit den aus dem Vergeltungsrecht irradiierten Ideen das formale Parteiverfahren in sich aufgenommen hatte — und gerade heute wieder bedarf es in diesem Betracht einer rationellen Klärung des Strafrechts, welches unter der (in sich widerspruchsvollen) Humanität des Sozialismus durch irrationale Volksetymologie der Institution zwiefach zur dogmatisch-ethisch irrationabilis consuetudo zu werden droht.

Der Rationalisierung der Rechtsordnung entsprechend erwuchsen in der Rechtsordnung die homogenen ethischen Ideen (was des weiteren darzulegen über den uns gesteckten Rahmen hinausgehen würde). Die ethische Grundidee des Privatrechts ist die Billigkeit. Die Gerechtigkeit der Billigkeit nahm am Eigentumsstreit ihren Ausgangspunkt.

III.

42.

Die Geschichte des Rechts ist nichts anderes als die Geschichte des Diebstahlsstreites. Im Diebstahlsstreit haben jene Grundinstitutionen kontaminiert, welche in ihrer Einheit die Idee unserer Rechtsordnung bedeuten.

Die Zeiten vor dieser Kontamination sind prärechtlich. Wenn wir nicht die — im entwickelten Sinne synthetischen — Rechtsbegriffe methodisch vergewaltigen wollen, müssen wir sagen: Die alte Zeit kannte kein Recht (mag man es sich noch so unentwickelt oder mit unsittlichen Elementen durchsetzt vorstellen: gerade diese letztere Konstruktion der [krypto-juristischen] wissenschaftlichen Ethik führt am wenigsten über den methodischen Fehler *Naturrecht*, die Entwicklung aus einfachem Vermögen, hinweg).

Vor allem darf man sich auch nicht durch die sprachwissenschaftliche Wortgeschichte, insbesondere die Wort-

gleichungen der vergleichenden Sprachwissenschaft, etwa eine einfache Gleichung „Ordnung“ („Rechtsordnung“), irreführen lassen. Man denke z. B. an jenen wichtigen Bedeutungszusammenhang von Schuldner und Dieb, und was rechtshistorisch daraus gefolgert wurde. Ohne eine rechtsgeschichtlich fundierte Hypothese der Rechtsentwicklung fehlt schlechterdings jeder Anhaltspunkt für das bedeutungsgeschichtliche Nebeneinander und Nacheinander im Wort.

43.

Die gesamte Tatsache Recht läßt sich für uns als methodologische Funktion des Diebstahlsstreites bezeichnen. — Was heißt das?

Es bedeutet die methodologisch-legislatorische Tätigkeit des Rechtsgefühls, *Billigkeitsempfinden,* welche, ausgehend von dem historisch desaffektuierten Diebstahlsstreit — dem Eigentumsstreitverfahren — die humanen Urwirtschaftsformen Ackerbau, Viehzucht, Jagd und Tausch zu Rechtsfiguren werden läßt, und nach dieser Rechtsfiguration auch das personale Spiegel- und Abbild der Grundwirtschaftsformen — „Familien- und Erbrecht“ unter den Gegensatz von Recht und Unrecht (nach der Idee des Eigentumsstreites) als ordnendes Prinzip stellt, und zuletzt die Wirtschaftsorganisation als solche — das „öffentliche Recht“, „Staatsrecht“ — zum Recht werden läßt. Staatsordnung und Rechtsordnung sind überall zuletzt identische Begriffe.

44.

Recht und Wirtschaft ist für die ältere Zeit völlig zu trennen; nur mit dem Begriff der Sittlichkeit der Sitte sind die Kontaminanden der Rechtsordnung in vorrechtlicher Zeit unter sich und mit der Volkswirtschaft methodisch fehlerlos zur Einheit zu erfassen.

Man kann, sehr metaphorisch, sagen, daß im Eigentumsstreit Recht und Wirtschaft kontaminiert haben. Denn das

Recht ist erst direkt und unmittelbar wirtschaftlicher Natur als es den Grund„besitz“ — nicht das abstrakte Haben, sondern die wirtschaftliche Nutzung — in sich aufgenommen hat: durch die Uebertragungserweiterung des fahrnis-rechtlichen Eigentumsbegriffs — der Grundbesitz wird Sonderwirtschaftsgut und folglich Sondereigentum, d. h. Eigentum (denn „kommunistisches Eigentum“ ist die bestdenkbare contradictio in adjecto).

Im Sachenrecht — und alles Recht ist nichts als Sachenrecht — haben („öffentlich-rechtliches“) Grundbesitz„recht“ und Fahrnisrecht, d. h. das eigentliche und erste Recht (welches nichts ist als eine Funktion jenes Diebstahlsstreites) kontaminiert. Nach der Verschmelzung sind aus der in sich einheitlich gewordenen Institution wiederum, den Präexistenzformen entsprechend, auf eine wunderliche Weise Besitz und Eigentum herausgewachsen, welche auf eine wunderliche Weise ein begriffliches Gegeneinander und Ineinander bilden. Aus dem Besitz an beweglicher Sache entstand überdies mit Notwendigkeit der schier unüberwindliche Begriffsrealismus vom Sachenrecht, unter welchem wir noch heute leiden.

45.

Es erhellt, welches die Geschichte der Rechtswissenschaft ist, als Geschichte der Entstehung von den Disziplinen unserer Rechtswissenschaft: eine Geschichte der Uebertragung von Methoden. Die Rechtsinstitutionen sind eine Funktion dieser Uebertragung.

Was endlich ist Rechtswissenschaft? — Die Methode ergreift sich selbst; in der Rechtswissenschaft ist die Methode zugleich zur Methode und zur Materie gesetzt.

Dogmatik als erhaltendes Prinzip in Ehren, — aber alle Rechtswissenschaft kann logischerweise nichts anderes als Rechtsgeschichte sein.

Was heißt das? — Alle Rechtsdogmatik hat mindestens insofern jenseits von logisch und unlogisch zu stehen, als sie

auf der genetischen Definition gründet. Das materielle Recht ist eine Funktion des Prozesses.

Was heißt es ferner? — Daß alle Rechtsgeschichte produktiv zu sein hat —: Welches ist unser Recht (was bedeutet uns Formalismus des Verfahrens, und Normalismus, gemessen z. B. am englischen und französischen Recht? Was ist deutscher Dogmatismus?), wer sind wir, was wollen wir? — —

46.

Unser Recht ist historisch ein Vergeltungsrecht, welches in das Hochgericht hineinwuchs, ehe die Billigkeit des Schiedsgerichts seine Gerechtigkeit war, also ein moralisches Fehderecht. Unser Recht ist historisch eine strenge Ordnung des moralischen Freihandelns, welche auf dem Glauben an Form, an Autorität, an Sich-selbst beruht, und welcher jene Selbstverachtung sehr fremd ist, die sich aus dekadenter skeptischer Vernunft Vertrauen auf Methode, d. h. die soziallogische Berechnung des richtigen Rechts vortäuscht, und, kein Zutrauen zu sich selbst kennend, in steter Furcht vor Faustrecht bleibt.

Was also gilt zunächst? — Es gilt, in der juristischen Moderne die falsche Humanität des Sozialismus aufzudecken, welche soeben, aus jener irrationalen Volksetymologie der Institution heraus, also im Wege jener uralten, auf „Fortschritt“ pochenden „Rationalisierung“ der Welt, den Strafprozeß zur menschheitshistorischen Farce werden zu lassen droht, — welche die moralische Inquisition sinnwidrig in das Privatrecht hineinschöpft — und, unter vollkommener Verkennung des vorbildlichen englischen (auch des französischen) Rechts, ein unbewiesenes Faustrecht der Dogmatik und das unbeweisbare Faustrecht der Richterwillkür durch die soziallogische Berechnung des richtigen Rechts — und also einstweilen das bösestdenkbare Faustrecht zu ersetzen droht, — im ganzen unsere Zeit auf den Letzten Menschen zutreibt . . .

X.

Subjektivismus und Evolutionismus.

Bemerkungen zu dem vorhergehenden Aufsatz Rogges.

Von

Josef Kohler.

Ich möchte den Worten des geistreichen Verfassers noch einige Bemerkungen beifügen.

Mit Recht hat er, wie auch die neueren Vertreter der Soziologie und Völkerpsychologie, hervorgehoben, daß es eines der Hauptgebrechen unserer bisherigen historischen Methode war, unsere Art des Denkens und Betrachtens den alten Zeiten unterzulegen. Die Menschen früherer Entwicklung, und noch heutzutage die Naturvölker, denken anders als wir. Solange der Mensch im Zustande des Animismus lebt und die ganze Natur ihm als ständiges Walten göttlicher Mächte erscheint, muß sein intellektuelles Verhältnis zur Natur ein ganz anderes sein als heutzutage. Der Mensch verwendet seine Kräfte nicht etwa, um in Naturbeobachtungen das Richtige vom Unrichtigen zu scheiden, sondern er fühlt sich von dem Gotte inspiriert, der in der Natur lebt, und macht sich ohne weiteres kraft seines inneren Impulses Vorstellungen über die Dinge in und außer ihm; von einer Kritik ist keine Rede: er sieht nicht mit seinem leiblichen, sondern mit seinem geistigen Auge. Die klare Scheidung zwischen Subjekt und Objekt liegt ihm fern, und die Trennung der objektiv rechtlichen Betrachtung von dem subjektiven Zustande ist ihm eine Unmöglichkeit.

Wenn sodann der Mensch von der animistischen Vorstellung abgeht, die Vergöttlichung mehr außerhalb als innerhalb der

Natur sucht, dann kommt ihm erst der Gedanke von dem Unterschied zwischen Geist und Natur, und dann erst beginnen die Anfänge eines methodischen Denkens und eines den Kräften der Natur angepaßten Handelns. Aber auch dann ist der Mensch noch von der Induktion weit entfernt; eine Menge angestammter Vorstellungen hindert ihn, klar in die Natur zu blicken.

Das zeigt sich auch im Rechte. Unsere Anschauungen von Recht und Unrecht sind dem Menschen ursprünglich fern. Wie der Verfasser richtig hervorhebt, ist das Recht ursprünglich Vergeltungsrecht und auf den Angriff folgt der Gegenangriff; weshalb ursprünglich die zufällige Verletzung von der absichtlichen nicht geschieden wird, denn die eine gilt als Angriff ebenso wie die andere. Erst allmählich tritt ein Abwägen und Vergleichen ein, namentlich wenn Dritte sich einmischen und Frieden zu stiften suchen; nunmehr gelangt man zu dem Begriff der Götter, und die Verehrung der Götter und das Bewußtsein ihres Schutzes führt zum Rechtsbegriff, vor allem zum Begriff des Eigentums.

Damit soll nicht gesagt werden, daß nicht schon frühere Zeiten Ansätze dazu boten, aber diese waren in sonstigen Ideen vergraben; so galt z. B. derjenige, der ein Land zuerst rodete und bebaute, als ein Feind der Naturgötter, die er in ihrem friedlichen Walten störte. Aber er versöhnte sich mit ihnen, und die Götterwelt trat in sein Wesen und seine Naturbehandlung ein: der Gott der Natur war nun sein Gott. Das waren die Anfänge des Grundeigentumsbegriffs.

Alles dieses zeigt, daß der bisherigen Rechtsgeschichte eines fehlte: sie erblickte das genetische nur im objektiven Recht, nicht auch in dem das Recht schaffenden Menschen!

Eine zweite richtige Idee des Verfassers besteht darin: unser Recht ist nur genetisch zu fassen. Das war das ungeheure Ergebnis Hegelschen Denkens; aber Hegel blieb in manchen Punkten im Naturrecht stecken, aus dem uns Nietzsche herausgeholfen hat. Unsere Dogmatik darf daher nicht das

evolutionistische Element, welches die Rechtsordnung durchdringt, verneinen, sondern muß es in sich aufnehmen. Definitionen alten Stils finden keine Gnade mehr; die Definition soll beschreibend sein, indem sie vom gegenwärtigen Recht zurückschaut auf das frühere und ebenso aber auch prospektiv in die Zukunft blickt. Gleichen doch die bisherigen dogmatischen Definitionen einer Behandlungsweise, welche das Wasser, um es zu fassen, zu Eis gerinnen läßt, welche verkennt, daß die Natur des Rechts eine flüssige ist und sein Fluß ständig Vergangenheit und Zukunft in sich vereinigt. Ich muß dies besonders hervorheben, weil man namentlich meiner Rechtsphilosophie Mangel an Definitionen vorgeworfen hat, ganz verkennend, daß die Rechtsphilosophie kein Naturrecht sein darf, sondern das Recht als ein genetisches, als ein werdendes, sich ständig wandelndes auffassen muß. Nur aus didaktischen Gründen darf man zeitweise in alter Weise definieren; aber man muß von der Definition alsbald absehen, wenn der Schüler den Stoff so weit aufgefaßt hat, daß er zur richtigen Betrachtung des Rechts gereift ist.

Ein dritter richtiger Gedanke endlich ist, daß, wenn auch das Recht rationell werden soll, die Rationalität keine laienhafte dilettantische sein darf; die ratio muß immer die ratio des sich wandelnden Kulturrechts sein mit allen seinen Zwecken und Bestrebungen; und die Rechtsvernunft ist nicht die Vernunft des gemeinen Menschenverstandes, sondern die Vernunft des Juristen, der in den Erscheinungen des Lebens das Walten der göttlichen Kulturmächte erblickt.

XI.

Die Strafbestimmungen im Verböczyschen Corpus juris Tripartitum Hungariae (1514)[1 u. 2].

Von

Dr. jur. **Georg Auer,**

Referendar am kgl. Gerichtshof in Budapest.

Das von Johannes Verböczy verfertigte Corpus Juris Tripartitum, die erste ungarische Gesetzsammlung, nimmt einen Mittelplatz ein zwischen den durch den König und von dem Reichstage sanktionierten und gutgeheißenen Gesetzen, und zwischen den Entscheidungssammlungen, die zu wissenschaftlichen Zwecken oder lediglich für den praktischen Gebrauch dienten. Auf Befehl König Uladislaus II. faßte Verböczy in diesem Werke die Rechtsnormen zusammen, welche vom X. Jahrhundert angefangen, bis zu seinem Zeitalter in Wirksamkeit waren. Das Ziel, welches man mit der Kodifizierung der gesamten ungarischen Rechtsinstitutionen erreichen wollte, war einerseits die Beseitigung der fortdauernden Rechtsunsicherheit, anderseits die Schaffung einheitlicher, für die Angehörigen aller Stände des Landes, für Edelleute und Gemeine unterschiedlos geltende Rechtsvorschriften [3]. Den könig-

[1]) Vollständiger Titel: Tripartitum opus juris consuetudinarii regni Hungariae. (Erste Ausgabe gedruckt in Wien im Jahre 1517.)

[2]) Siehe den vom Verfasser in Bd. XV, 2./3. H., S. 404 u. ff. erschienenen Aufsatz: Ueber den Vorsatz in den mittelalterlichen ungarischen Strafgesetzen.

[3]) Ueber die damaligen Zustände bemerkt Verböczy in der Vorrede des Tripartitums (S. 9): Jurium diversa interpretatione magna

lichen Befehl, welcher Verböczy mit der Verfassung eines solchen Werkes betraute, vollführte dieser bestens. Und eben deswegen kämpfte die Oligarchie der Edelleute, die alten Vorrechte verteidigend, mit ihrer ganzen Kraft gegen die formelle Sanktionierung der in dieser Sammlung enthaltenen Bestimmungen. Sie hatten auch den Erfolg, diese zu verhindern, und das Tripartitum konnte die Gutheißung des Reichstages nicht erhalten. Demzufolge kann auch den Bestimmungen dieser Sammlung die absolute Kraft des Gesetzes nicht zugestanden werden, da letztere nur die Sanktion des Staatsoberhauptes erreichen konnte, welcher der Reichstag mit seinem Votum nicht beitrat. Anderseits kann aber das Werk nicht bloß als eine Sammlung verschiedener Rechtssätze betrachtet werden, da die beinahe durch vier Jahrhunderte dauernde Anwendung seiner Anordnungen ihm den Stempel weit höherer Bedeutung aufdrückte. Die Institutionen des Tripartitums wurden in der Rechtssprechung für unantastbar angesehen, die Richter beriefen sich beim Urteilen auf sie, wie auf bestehende Gesetze. Demzufolge wird das Tripartitum in neuerer Zeit als eine Sammlung der im XVI. Jahrhundert geltenden gewohnheitsrechtlichen Anordnungen betrachtet, welche dann durch stillschweigende Billigung der maßgebenden Kreise als zweckmäßig erklärt und durch fortdauernde Anwendung der Nachwelt erhalten, eine dem Gesetzesrechte ähnliche allgemeine bindende Kraft erhielt.

Im Jahre 1514 wurde das Tripartitum von Verböczy in lateinischer Sprache verfaßt; erst am Ende des XVI. Jahrhunderts wurde es ins Ungarische übersetzt. Das Werk besteht aus einer Einleitung, ferner aus drei Teilen, die in Titeln geordnet sind, von welchen jeder mehrere Paragraphen enthält.

---

oriebantur incommoda, — inter ipsos iudices ac jurium regni cosultissimos magna interdum super huiusmodi legum, consuetudinum et constitutionum interpretatione contentio oriretur. Ferner: qui iure inferiores essent, superiores tamen esse et vincere non iure, sed tumultu ac multitudine niterentur.

Das Ganze hat den Charakter einer privatrechtlichen Gesetzessammlung, in welcher die Strafbestimmungen — als minder bedeutungsvolle Rechtssätze angesehen — nur im Zusammenhange mit den bürgerrechtlichen Anordnungen untergebracht sind.

Das allgemeine Hauptziel dieser Strafgesetze und demgemäß auch der Strafe ist nach der Meinung Verböczys die Besserung (Correctio)[4]; und zwar den Bestraften soll das erlittene Uebel vor neuen Verbrechen, die anderen aber die Furcht vor der Bestrafung vom Begehen verbotener Handlungen abhalten. Deswegen mußte auch die Bestrafung mit ihren traurigen Folgen als etwas für jedermann abschreckendes wirken. Denn, bemerkt Verböczy, man würde die Anordnungen der Gesetze gewiß außer acht lassen, wenn man sich vor einer Strafe, mit welcher die Staatsgewalt droht, nicht zu fürchten hätte[5]). Das Ziel meiner Untersuchungen werden zuerst die Delikte und dann die Strafen des Tripartitums sein.

A. Delikte.

Die strafbaren Handlungen ordnet Verböczy nach der Schwere der Strafe in drei Klassen. Und zwar 1. die schwersten Verbrechen (Causae notam infidelitatis afferentes) sind diejenigen, die außer der Todesstrafe noch mit unbedingter Einziehung des ganzen Vermögens des Täters bestraft werden. Die Angehörigen des Täters wurden aus der Völkerschaft ausgewiesen, aus ihrem Wohnsitze vertrieben[6]). Das konfiszierte Vermögen fiel dem Könige zu, der es dann anderen verdienstvollen Untertanen schenkte.

---

[4]) Einleitung Tit. 6, § 9: Legis conditio est, quod sit violentorum excessuum correctio; und im § 11: Lex debet esse criminis fuga, leges humanae ad retrahendum homines a vitiis et inducendum ad virtutes sunt factae.

[5]) Einleitung Tit. VI, § 9: Non enim inducerentur homines ad legis observantiam, nisi esset timor poenae legalis inferenae per publicam personam.

[6]) I. Teil, Tit. XVI, § 1.

Die in die zweite Gruppe gehörenden Delikte (Causae sententiam capitalem afferentes) waren auch schwere Verbrechen, doch wurde bei der Bestrafung dieser die Konfiszierung des Vermögens der Todesstrafe nur in seltenen Fällen zugefügt. Die dritte Klasse bildeten schließlich diejenigen leichteren strafbaren Handlungen (Vergehen und Uebertretungen), die lediglich mit Vermögens- (Geld-) Strafe bedroht waren (Actus potentiarii minores). Den Hauptunterschied in der Bestrafung faßt Verböczy in zwei Punkte zusammen[7]). Und zwar 1. Der Verbrecher, welcher eine als infidelitas betrachtete Handlung beging, wurde auf Todesstrafe und auf Verlust seines ganzen Vermögens verurteilt; hingegen derjenige, welcher nur eine mit Kapitalstrafe bedrohte Tat vollbrachte, wurde nur zur Todesstrafe verurteilt, sein Vermögen blieb jedoch verschont. 2. Letztere Verbrecher konnten der Bestrafung entgehen, wenn sie die Geschädigten oder die Hinterbliebenen derselben aussöhnen konnten, was meistens durch die Leistung einer gewissen Entschädigung sich vollzog. Bei den „Causae infidelitatis“ brachte aber dieses Aussöhnen dem Deliquenten keinen Nutzen, denn er konnte dadurch der Bestrafung nicht entgehen. Da seine Tat nicht allein die geschädigte Person in Mitleidenschaft zog, sondern auch das Ansehen seines Staates, die „dignitas et auctoritas sacrae coronae“, verletzte, und ein solches Handeln durfte niemals ohne Bestrafung bleiben.

Die Strafe, mit welcher die schwersten Verbrechen belegt wurden, beschränkte sich also nicht auf die Person des Verbrechers; sondern durch die Einziehung seines Vermögens, durch die Ausschließung seiner Familie aus dem völkerschaftlichen Bunde, durch die Unfähigkeit seiner Hinterbliebenen zur Annahme einer Erbschaft, wurden auch die völlig unschuldigen Angehörigen des Täters am schwersten betroffen, denen nach Vollzug der Strafe außer ihrem Leben nichts übrig gelassen wurde. Hingegen bei den in der zweiten und dritten

---

7) I. Teil, Tit. XVI, §§ 1—6.

Gruppe geordneten Handlungen hatte die Strafe einen streng persönlichen Charakter. Es wird ausdrücklich festgesetzt, daß bei den Kapitalverbrechen der Sohn nicht für das Verbrechen seines Vaters, noch der Vater seines Sohnes wegen verurteilt werden darf[8]).

Die Verbrechen, welche für den Täter notam infidelitatis nach sich zogen, sind im Tripartitum enumerativ, in 18 Paragraphen aufgezählt. Der größte Teil dieser Verbrechen (14) richtet sich gegen den Staat oder gegen dessen Oberhaupt. Die übrigen Verbrechen, durch welche Private betroffen werden, gehören nur deswegen in diese Gruppe, weil sie unter besonders erschwerenden Begleitumständen begangene Delikte sind, die unter gewöhnlichen Umständen nur mit Kapitalstrafe geahndet werden. Zu den ersterwähnten Handlungen gehört namentlich: die Majestätsbeleidigung (§ 1), der Ungehorsam gegen die Gebote des Königs oder der Staatsgewalt, wenn dieser nicht aus Notwehr begangen wurde[9]) (§ 2); die öffentliche Urkundenfälschung, die Münzfälschung (das in Verkehr bringen der gefälschten Münzen — aber nur dann, wenn in größerer Menge begangen) (§ 3); der Hoch- und Landesverrat (§§ 8, 10, 16, 17, 18); die Tötung oder Vergewaltigung der obersten Richter (§ 11) oder der „hominum regiorum“, wenn letztere königliche Befehle vollstrecken; der Staatsfriedensbruch (§ 12),

---

[8]) Filius pro delictis et excessibus patris et e converso pater pro demeritis filii nec in persona, nec iuribus possessionariis vel aliis rebus condemnari solet. II. Teil, Tit. 61, § 2 und II. Teil, Tit. 5, §§ 3—4.

[9]) Aus Notwehr begangen, wurde Ungehorsam dann betrachtet, wenn ein königlicher Befehl nicht vollzogen wurde, in welchem der König den Gesetzen und gesetzlichen Gewohnheiten des Landes Widersprechendes anordnete (libertatibus declaratis et expressis contravenire attentaret); solchen Geboten durfte jeder unbestraft Widerstand leisten. (I. Teil, Tit. IX, § 6.) Dieses schon im Jahre 1212 vom König erkannte „Ius resistendi“ wurde fünf Jahrhunderte durch als höchster Schutz der ungarischen Verfassung betrachtet, bis die Nation am Ende des XVII. Jahrhunderts als Zeichen höchster Loyalität gegen das Herrscherhaus von diesem Rechte zurückgetreten ist.

begangen durch Tötung oder Verhaftung von Personen, welche in ihren Streitsachen zum Gerichte oder zum Reichstag fuhren; und endlich ist noch als causa infidelitatis zu betrachten die öffentliche Ketzerei (§ 14). Als Verbrechen, die Privatpersonen schädigen, sind hier die Tötung der Blutsverwandten, bis zum vierten Grade, die Blutschändung (§§ 5, 6) und die Verstümmelung erwähnt (§ 15)[10]).

Aus der oben erwähnten Kasuistik des Titels XVI ist es ersichtlich, daß im XVI. Jahrhundert die Verbrechen gegen das Staatsoberhaupt, oder gegen die Staatsgewalt, die am schwersten bestraften Delikte bildeten. Aus diesem Prinzipe entstehen für die heutige Auffassung ganz sonderbare Folgen. Die vorsätzliche Tötung wird, z. B. wenn der Getötete kein Blutsverwandter des Täters war — leichter bestraft als die öffentliche Urkundenfälschung usw. Die Ursache solcher Sonderbarkeiten glaube ich in nachstehenden Ursachen aufzufinden. Bei den gegen den Staat begangenen Verbrechen ist der Staat das alleinige und demzufolge das zweifach geschädigte Objekt des Deliktes. Denn der Verbrecher übertritt hier die Verbote des Staates und außerdem verletzt er denselben durch seine Tat auch in direkter Weise (z. B. beim Landesverrat durch Gefährdung der Staatsinteressen). Hingegen wird bei anderen Delikten der Staat nur indirekt verletzt durch die Mißachtung seiner Verbote; und das unmittelbare Objekt der Tat ist eine Privatperson. Diese muß meistens durch Leistung eines Wergeldes ausgesöhnt werden. In solchem Falle büßt also der Täter für seine Tat auf zweierlei Weise: für die Uebertretung der Gebote des Staates mit der öffentlichen Strafe, und für die Schädigung einer Privatperson mit der Leistung des Wergeldes. Solche Schadenersatzleistung — privatrechtlicher Natur — konnte aber bei den

[10]) Letzterwähntes Verbrechen wurde schwerer bestraft, als die vorsätzliche Tötung, da es als Racheakt häufig begangen wurde, und infolgedessen zur Abschreckung von der Begehung desselben die stärksten Mittel nötig waren.

gegen den Staat begangenen Verbrechen, als mit der Würde und Hoheit desselben unvereinbarlich, nicht zugelassen werden. Wenn der Verbrecher gegen das Wohl und Interesse des Staates sündigt, kann der Wert der Güter, die er dadurch schädigt, in Geldwerte nicht ausgedrückt werden, folglich ist es auch unmöglich, das begangene Verbrechen mit der Leistung einer materiellen Entschädigung unvollbracht zu machen. Da also jene, die gegen die Staatsgewalt sich vergingen, nur mit der öffentlichen Strafe für ihre Tat büßten, mußte diese Strafe eine entsprechend höhere sein, als bei jenen Delikten, die gegen Private begangen wurden, wo der öffentlichen Strafe noch meistens eine privatrechtliche Schadenersatzpflicht hinzugefügt wurde. — Was aber die Verbrechen gegen die Person des Staatsoberhauptes betrifft, bei denen eine derartige Schadloshaltung im Prinzipe nicht als unmöglich betrachtet werden kann, so darf der Umstand nicht außer acht gelassen werden, daß die Person des Königs in Ungarn seit jeher in ganz besonderer Achtung gehalten wurde, und jene, die sich gegen die Majestät des Herrschers vergingen, stets unter einer schwereren Strafe fielen als Missetäter, welche gegen Privatpersonen delinquiert hatten.

Die in die zweite Gruppe geordneten Delikte, die Kapitalverbrechen, werden im Tripartitum nur exemplifikativ aufgezählt[11]). Durch Ausdrücke, als etwa „aliorum eiuscemodi spoliatorum“ und andere, wird auf die bereits in Anwendung stehenden Gesetze verwiesen. Kapitalverbrechen waren 1. die Tötung, wenn vorsätzlich begangen (homicidum deliberate patratum, III, 2, § 4)[12]). 2. Die Körperverletzung (vulneratio

---

[11]) I. Teil, Tit. XV, Einleitung.

[12]) Die unverschuldet in Notwehr begangene Tötung blieb straflos. In Notwehr handelte derjenige, welcher sich oder sein Vermögen gegen einen widerrechtlichen Angriff, nur durch Tötung oder Verletzung des Angreifenden schützen konnte. (III. Teil, Tit. XXI, §§ 1 u. ff.) Der Gebrauch der Notwehr setzte nach Verböczy gewisse Bedingungen voraus, die der in Notwehr Handelnde zu beweisen hatte. 1. Der Täter mußte

seu verberatio). 3. Der Hausfriedensbruch (violens invasio). 4. Die vorsätzliche Zerstörung fremden Eigentums (possessionis depraedatio); doch mußte bei den unter 2., 3., 4. angeführten Delikten der Verletzte oder der Geschädigte ein Edelmann sein. 5. Weitere Verbrechen gegen das Vermögen, und zwar der Raub (latrocinium), Diebstahl (Furtum), Straßenräuberei. Wie die erste, so ist auch diese Gruppe teilweise aus heterogenen Bestandteilen zusammengesetzt. Delikte, die in ihrer Natur voneinander abstehen, werden mit derselben Strafe bedroht. Diese Maßnahme läßt sich übrigens auch erklären. Vor allem ist in Anbetracht zu ziehen, daß all diese Verbrechen ihren Vollbringer in demselben Grade entehrten. Wer einen Diebstahl beging, wurde ebenso wie derjenige, der mordete, gleichmäßig als öffentlicher Missetäter betrachtet. Die Anwendung der gleichen Strafe — der Todesstrafe — bei den verschiedenen, darunter auch bei den weniger schweren Verbrechen, ist eine Folge des Mangels an Strafarten. Die Freiheitsstrafe war zu dieser Zeit als Hauptstrafe noch nicht

---

durch eine gegen sein Leben, seine Gesundheit oder gegen sein Vermögen gerichtete widerrechtliche, feindliche Handlung angegriffen werden (armata manu hostilis opresso et per hoc in vitae periculo constitutus). 2. Die Verteidigung (repercussio) mußte unverzüglich dem Angriff folgen; eine spätere Retorsion wurde schon als Racheakt (vindicta) betrachtet und nach den allgemeinen Grundsätzen bestraft. 3. Die Notwehr mußte mit Mäßigung angewendet werden, d. h. nur insoweit sie zur Abwehr notwendig war (moderamine fieri debet). 4. Die widerrechtliche und feindliche Haltung mußte in einer Tat sich äußern; die Drohung allein konnte zur Notwehr nur dann berechtigen, wenn der Drohende als ein Streitsüchtiger bekannt war (si fuerit potens et alios consuetus percutere), daß man auf die Ausführung der angedrohten Handlung aller Wahrscheinlichkeit nach rechnen mußte (verisimiliter praesumitur). Als in Notwehr begangen wurde die Tötung oder Verletzung des Angreifers auch dann betrachtet, wenn die Handlung nicht durch den Angegriffenen selbst, sondern durch einen Dritten, aber lediglich zur Beschützung des Angegriffenen, begangen wurde. Räuber und andere öffentliche Missetäter konnten jedoch Notwehr niemals in Anspruch nehmen, auch war die Verteidigung dieser verboten. (III. Teil, Tit. XXIV, § 3.)

eingeführt, und die Geldstrafe konnte als Hauptstrafe nur auf kleinere, nicht entehrende strafbare Handlungen verhängt werden. Die häufigere Anwendung der Todesstrafe findet noch darin ihre Erklärung, daß die Vernichtung des Menschenlebens eben in diesem Zeitalter der blutigen Kriege nicht schwer in die Wagschale fiel. In dem Vorangeschilderten glaube ich also die Ursache der einförmigen Behandlung verschiedenartiger Verbrechen aufzufinden.

Zwischen den Kapitalverbrechen und den Vergehen leichterer Art steht noch eine Art der strafbaren Handlungen; gebildet von Delikten, die mit einer solch schweren Vermögensstrafe bestraft wurden, daß diese unmöglich zu den leichteren Delikten (actus potentiarii minores) gezählt werden können. Zwei Verbrechen kommen hier besonders in Anbetracht, und zwar die falsche Eidesleistung[13]) und ein spezielles Delikt, „das Verleugnen des brüderlichen Blutes“ [14]); bei diesen beiden Verbrechen wird der Täter mit dem Verluste seines gesamten Hab und Gutes bestraft. Bei der falschen Eidesleistung ist aber zu bemerken, daß bei diesem Verbrechen die erwähnte harte Strafe nur dann angewendet wurde, wenn der Täter in einer Staatsangelegenheit eine falsche Zeugenaussage mit seinem Eide bekräftigte. In Straf- oder Zivilangelegenheiten von Privatpersonen wurde das „perjurium“ nur als Vergehen qualifiziert, das bloß eine mäßige Geldstrafe nach sich zog. Das zweiterwähnte Delikt, das Verleugnen des brüderlichen Blutes, bestand aus einer dem Betruge ähnlichen Handlung, und zwar bewirkt hier der Täter mit Hilfe falscher Beweise (Eid, Dokumente, Zeugen), eventuell mit Verdeckung des wahren Tatbestandes, daß ein Gut, welches einem Verwandten gebührt, ihm zugesprochen werde[15]). Wenn bei diesem Verbrechen

[13]) Fide fractio aut perjurium, II. Teil, Tit. XXX, §§ 1, 25.

[14]) Proditio fraternis sanguinis, I. Teil, Tit. XXXVIII, Einleitung, §§ 1, 2 und I. Teil, Tit. XXXIX, §§ 1, 2.

[15]) Possesionaria male in praejudicium jurium fraternoum vel etiam feminorum pro se impetrasse.

der Täter seine unwahren Behauptungen auch mit seinem Eide bekräftigte, so liegt hier Realkonkurrenz zwischen Meineid und proditio fraterni sanguinis vor [16]). Die Schwere der Tat ruhte bei diesen Delikten in der Schädigung seiner Angehörigen. Infolge der Niedrigkeit einer solchen Handlung (dedecus et infamia ex inde contrahenda) ist auch die Strafe eine schwerere als beim Betruge, und der Täter verliert — wie im obigen Falle — sein ganzes Vermögen, das ins Eigentum des Geschädigten übergeht. Er verliert selbst seine Freiheit und wird auf sein ganzes Leben zum Diener des Geschädigten, aus dessen Gnade er dann erhalten wird [17]).

Die leichteren Vergehen, die Verböczy unter dem Kollektivnamen „Actus potentiarii minores" zusammenfaßt, sind im Tripartitum weder enumerativ noch exemplifikativ aufgezählt und diese können nur aus verschiedenen voneinander getrennten Paragraphen zusammengefügt werden. Diese Delikte werden stets mit Geldstrafe bedroht, welche aber der Schwere der Tat nicht angemessen [18]) und in den meisten Fällen gleichmäßig hoch blieb. Diese Geldstrafe war auf 100 Gulden festgesetzt, doch mußte auch außerdem der Schaden, welcher durch die verbotene Handlung verursacht wurde, ersetzt werden. Zu diesen Vergehen gehörte unter anderen die üble Nachrede und die falsche Anschuldigung, welche Delikte auch in Verbindung miteinander erwähnt werden. Die üble Nachrede ist aber nach dem Tripartitum nur dann strafbar, wenn von jemandem die schmählichen und unwahren Behauptungen vor einer Behörde geäußert wurden. Zum Beispiel wenn der Täter die Tauglichkeit einer Person zur Ausübung des Richteramts — wegen Unehrlichkeit — grundlos in Frage stellte [19]), oder wenn derselbe während einer Prozeßführung einen unbescholtenen

---

[16]) I. Teil, Tit. XXXVIII, § 1.

[17]) I. Teil, Tit. XXXVIII, § 2.

[18]) II. Teil, Tit. LXVIII.

[19]) II. Teil, Tit. XXXVI, § 1. Das Ziel der Tat: quod conjurator infamis aut perjurus haberetur.

Menschen (meistens der Gegenpartei) mit niedrigen Worten beleidigte[20]). Gründet aber der Täter auf diesen unwahren beleidigenden Behauptungen und Verleumdungen eine Klage, dann begeht er falsche Anschuldigung (falsa quaerimonia II, 72, § 2). Der Unterschied zwischen den zuletzterwähnten zwei Delikten liegt in dem Umstande, daß bei der falschen Anschuldigung der Prozeß selbst auf die Verleumdung basiert ist, hingegen bezieht sich die Verleumdung bei der üblen Nachrede nur auf Nebenmomente, d. h. sie wird nicht als Klagegrund, sondern nur als Einrede geltend gemacht. Als actus potentiarii minores hat auch der Meineid gegolten, wenn er in Straf- oder Zivilangelegenheit von Privatpersonen begangen wurde (siehe S. 253). Des Vergehens des Meineids konnte man sich in zweierlei Weise schuldg machen; und zwar erstens konnte die erwähnte strafbare Handlung derart begangen werden, daß eine Person, die in einer Streitsache vor Gericht als Beteiligter oder als Zeuge fungierte, über einen im Prozesse wesentlichen Umstand fasch aussagte und die Aussage mit seinem Eide bekräftigte. Die zweite Art des Meineides bildeten jene Handlungen oder Unterlassungen, bei welchen der Täter jemandem mit seinem Eide versprach, etwas zu leisten, und sein Versprechen uneingelöst ließ[21]). Wie die üble Nachrede, so wird auch die Ehrenbeleidigung nach dem Tripartitum nur dann bestraft, wenn sie vor einer Behörde begangen wurde; und diese Delikte führen den Namen „violatio sedis“ (II, 69, § 1). Violatio sedis wurde nämlich dann begangen, wenn der Täter mit seinen ungebührenden Worten amtliche Personen oder andere an der Verhandlung Teilnehmende verletzte[22]). Die Bestrafung der violatio sedis war eher eine

[20]) Turpia inhonestaque verba contra bonae famae et honestae conditionis hominem prolata, II. Teil, Tit. LXXII, § 1.

[21]) III. Teil, Tit. XXX, § 7 und § 6: quispiam promittit alteri fide mediante se daturum, vel hoc et id facturum et deinde promissionem hujusmodi transgreditur.

[22]) Propter illicita verba in sede prolata, vel dehonestationem in sede ipsa existentium committi solet. (Oben angeführte Stelle.)

Maßregel für die Erhaltung der Ordnung in den amtlichen Sitzungen. Jedoch da die angedrohte Strafe bei dieser Handlung dieselbe war, wie bei den actus potentiarii minores, welche für eine Ordnungsstrafe zweifellos zu hoch war, so muß die violatio sedis als ein Delictum sui generis, und zwar als ein Vergehen betrachtet werden (so auch Verböczy, angeführter Titel, Einleitung). Eine spezielle strafbare Handlung war auch die „repulsio“, d. h. die Hinderung des Vollstreckungsverfahrens. Doch wurde das Begehen dieser verbotenen Handlung um vieles milder bestraft, als die anderen Vergehen. Das ungarische Prozeßrecht kannte nämlich die Appelation infra dominio zu dieser Zeit noch nicht und die gerichtlichen Beschlüsse waren gleich nach ihrer Kundmachung vollstreckbar. Wenn nun aber jemand, der den Prozeß verloren, im Bewußtsein der Gerechtigkeit seiner Sache, das Urteil noch vor der Vollstreckung, der Revision des Appelationsgerichtshofes vorlegen wollte, dann hinderte er die Vollstreckung des Urteiles durch Repulsion. Diese bestand darin, daß der Verurteilte dem Vollstreckungsorgan, welches bei ihm erschien, sein blankes Schwert vorhielt, was als Zeichen galt, daß er die Vollstreckung des Urteiles hindern will[23]). Der Repulsion folgte stets die Revision des beanstandeten Urteiles und wenn der Repulsor sein Vorgehen genügenderweise begründen und die Richter überzeugen konnte, daß die Repulsion nicht arglistig oder „violenter et temerariter“ begangen wurde, dann blieb derselbe straflos. Andernfalls wurde eine Geldstrafe von 72 Gulden ermessen. Doch wenn der Verurteilte die Repulsion bereits einmal unbegründet in Anspruch genommen hatte und nachher die Vollstreckung des Urteiles wiederholt hinderte, dann verging er sich gegen die Staatsgewalt, und seine Tat wurde als causa infidelitatis betrachtet und demgemäß behandelt.

---

[23]) Repulsio est partis in causa triumphantis per alteram partem in causa succumbentem ab executione latae per judicem sententiae violenta propulsio.

B. Die Strafen.

Der größte Teil der Strafarten im Tripartitum Verböczys ist aus dem Strafrechte der Nachbarländer übernommen. Die am häufigsten vorgeschriebene Strafe — allerdings nur für schwere Verbrechen — war die Todesstrafe. Die Zweckmäßigkeit dieser Strafart war bereits in vollem Maße anerkannt, ihre Nachteile aber gänzlich außer acht gelassen. Die Todesstrafe wurde als eine augenblicklich unfehlbar wirkende, billige, zur Bestrafung eines schweren Verbrechens am ehesten geeignete Strafart betrachtet. Einem Verbrecher, dem das Vermögen entzogen, und der aus dem Lande ausgewiesen wurde, blieb doch die Möglichkeit, versteckt zurückzukehren, und wem der Arm abgehauen, der hatte noch den zweiten, um Missetaten zu begehen; hingegen ein Delinquent, welcher öffentlich verbrannt und dessen Asche in den vier Windrichtungen zerstreut wurde, blieb für immer unschädlich. Das war die Logik der damaligen Auffassung. Weshalb man zu dieser Zeit die bedeutenden Nachteile der Todesstrafe so wenig beachtete, darüber habe ich schon im Zusammenhange mit den Delikten meine Ansicht in Kürze dargelegt. Die Todesstrafe ersetzte teilweise auch die Freiheitsstrafe, da letztere nur in seltenen Ausnahmsfällen erkannt wurde; z. B. wenn jemand eine mit Vermögensstrafe bedrohte strafbare Handlung beging und dem Urteile infolge seiner Vermögenslosigkeit nicht Genüge leisten konnte (II, Titel 68, §§ 1—6). Der Täter wurde in diesem Falle dem Geschädigten ausgeliefert, welchem er so lange dienen mußte, bis er die Strafe abgearbeitet oder bezahlt hatte. Die Körperstrafen, welche in den mittelalterlichen Gesetzen größtenteils aus Verstümmelung oder aus Brandmarkung des Delinquenten bestanden, wurden aus dem Tripartitum fast gänzlich eliminiert. Nur die Brandmarkung — welche meistens „reflektierende“ Strafe war, d. h. eine Strafe, in welcher die Missetat des Bestraften sich widerspiegelte, fand noch hie und da Anwendung. Wer vor dem Gerichte auf das Kruzifix falsch schwor, dem wurde

ein Kreuz auf die Stirne gebrannt. Dem Verleumder wurde die Zunge ausgerissen[24]; wer auf eine Urkunde falsche Siegel auflegte, wurde mit einer glühenden Pettschaft im Angesicht gebrandmarkt usw.[25]. Hingegen wird die Strafe der Verstümmelung von menschlichen Körperteilen im Tripartitum gänzlich ausgeschieden[26].

Die Vermögens- resp. Geldstrafe wurde als Hauptstrafe oder als Nebenstrafe bemessen. Bei dem Vergehen diente sie als Hauptstrafe und bestand aus einer fixen Summe von 100 Gulden[27], wobei aber der Täter noch gezwungen wurde, alle durch seine Tat verursachten Schäden zu ersetzen. Uebrigens hatte hier die Geldstrafe auch teilweise den Charakter des Schadenersatzes, denn die eine Hälfte des Strafgeldes fiel dem Geschädigten zu und nur die andere Hälfte gebührte dem Richter[28]. Wenn der Verurteilte die Geldstrafe nicht bezahlen konnte, so wurde dieselbe in Freiheitsstrafe umgewandelt[29]. In diesem Falle konnte die Verhaftung des Täters, wenn er dem Bauernstande angehörte, gleich nach Verkündigung des Urteils vollzogen werden; wenn aber ein Edelmann zur Geldstrafe verurteilt wurde, dann mußte zuerst die Einziehung des Strafgeldes durch Zwangsvollstreckung versucht werden.

Bei den Infidelitas- und Kapitalverbrechen wurde die Vermögensstrafe als Nebenstrafe angewendet. Bei den ersteren Verbrechen erstreckte sich die Strafe auf das ganze Vermögen des Verurteilten; hingegen bestand sie bei den Kapitalverbrechen nur aus einer Geldsumme, welche nach der Schwere des Ver-

---

[24]) Doch konnte sich der Täter durch Zahlung eines Strafgeldes von dieser Strafe befreien.

[25]) II. Teil, Tit. XVII, § 4.

[26]) Publicos malefactores — castigare punireque possunt; mutilare vero neminem.

[27]) Diese Summe war die Hälfte des Lösegeldes, durch welche sich der Verbrecher von einer Kapitalstrafe befreien konnte.

[28]) II. Teil, Tit. LXVII, § 3.

[29]) II. Teil, Tit. LXVIII, § 2.

brechens von verschiedener Größe war. Als Nebenstrafe konnte noch bei den Kapitalverbrechen der Verlust des Adels und aller Privilegien des Täters angeordnet werden. Bei den wegen Infidelitasverbrechen Verurteilten traten diese Folgen ipso iure ein[30]).

Als Strafausschließungsgrund diente bei den mit Todes- oder Körperstrafen bedrohten Verbrechen der Tod des Täters, da beide Strafen von streng persönlicher Natur waren. Die Geldstrafe wurde jedoch auch von den Hinterbliebenen des Delinquenten eingetrieben, wenn der Geschädigte seine Klage vor Ableben des Täters erhoben hatte. Ein anderer Strafausschließungsgrund, welcher bei allen Verbrechen volle Wirkungskraft besaß, war die königliche Gnade. Dieselbe bezog sich aber auf den zum Schadenersatz dienenden Teil der Strafe nicht und war außerdem von nachstehender Bedingung abhängig. Wenn der verurteilte, doch begnadigte Delinquent den zur Schadloshaltung dienenden Teil seiner Geldstrafe binnen eines Jahres, gerechnet von dem Zeitpunkte der Verurteilung, nicht entrichtet hatte, so erlosch die ihm zuteil gewordene Begnadigung und das volle Strafurteil wurde vollzogen[31]).

Wie bereits erwähnt, war das Tripartitum zum größeren Teile eine Sammlung privatrechtlicher Institutionen; aus seinen unvollständigen Strafmaßnahmen kann das System des damaligen ungarischen Strafrechtes nicht wiedergegeben werden. Doch fehlen diesen Anordnungen die charakterisierenden Eigenschaften durchaus nicht. So tritt hervor, daß die gemeinrechtliche Natur der Strafe entschiedener zur Geltung gebracht wurde, als es in den mittelalterlichen Strafbestimmungen der Fall war. Denn bei den schwersten Verbrechen war es dem Täter unmöglich, seine Missetat durch Leistung einer Entschädigung gut zu machen. Sogar bei den leichteren Ver-

---

[30]) II. Teil, Tit. LXVIII, § 5.

[31]) II. Teil, Tit. LXI, § 6.

brechen ist die Entschädigungsleistung nur für das zwischen dem Täter und zwischen dem Beschädigten bestehende Verhältnis relevant; wobei der Täter noch eine öffentliche Strafe zu ertragen hatte.

Die Strafen des Tripartitums waren humaner als die des Mittelalters. Die qualvollen Todesstrafen, die verstümmelnden Körperstrafen wurden aus dieser Gesetzsammlung gänzlich ausgeschieden und die letzteren größtenteils durch Geldstrafen ersetzt. Im allgemeinen fand die Geldstrafe nach den Bestimmungen des Tripartitums viel häufiger Anwendung als in den mittelalterlichen Gesetzen.

Die bedeutendste und charakterisierende Eigenschaft des Tripartitums ist auch in seinen Strafbestimmungen aufzufinden, nämlich die unterschiedslose, gleichmäßige Geltung seiner Vorschriften für adelige und nichtadelige Mitglieder der Nation. Durch die Gleichstellung aller Untertanen des Staates vor ihren Richtern begann eine neue, entwicklungsreiche Periode in der ungarischen Rechtspflege, welche allerdings in ihrem ganzen Wesen nur in späteren Zeiten zur vollen Geltung kam, zu deren Schaffung jedoch Verböczy in seinem Tripartitum Corpus iuris die ersten, sehr bedeutungsvollen Schritte unternommen hatte.

XII.

Zur Lehre von der laesio enormis im byzantinischen Recht.

Von

Professor Dr. **Stephan Braßloff**
an der Wiener Universität.

Die Grundlage der Lehre von der laesio enormis bilden die beiden Konstitutionen Diokletians und Maximians Cod. Just. IV, 44, 2 und 8 aus den Jahren 285 und 293. In dem ersteren Erlasse entscheiden die reskribierenden Kaiser den ihnen vorgelegten Rechtsfall dahin, daß eine übermäßige Verletzung des Verkäufers dann vorliege, wenn er weniger als die Hälfte des wahren Sachwertes als Kaufschilling erhalten habe. Dem Verkäufer stehe das Recht zu, die Reszission des Kaufvertrages wegen laesio ultra dimidium zu begehren, der Käufer habe jedoch die facultas alternativa zwischen Rückstellung der Sache (gegen Restitution des gezahlten Preises) und Nachzahlung des zum iustum pretium fehlenden Betrages. Der zweite Erlaß, ein Reskript, das ebenso wie das vorhin erwähnte, an eine Privatperson gerichtet ist, bietet eine nähere Begründung der ratio des bereits früher eingeführten Rechtsmittels.

Diese beiden in den Codex Justinianeus aufgenommenen Konstitutionen sind gemeines Recht im Abendlande und auch im oströmischen Reiche geblieben; für die praktische Bewährung im byzantinischen Rechtsgebiete zeugen die Entscheidungen der nachjustinianischen Juristen.

Gradenwitz hat nun in einer sehr lehrreichen, aber wenig beachteten Abhandlung „Interpolazioni e interpretationi“ (im Bulletino del instituto di diritto Romano II, p. 14 f.) gezeigt, daß die auf einer Jahrhunderte alten Tradition beruhende Annahme, Diokletian und Maximian hätten das Anfechtungsrecht wegen laesio ultra dimidium eingeführt, irrig ist, dieses vielmehr erst durch justinianische Interpolation in den Text der beiden obenerwähnten Kaisererlässe gekommen ist; er verweist zur Begründung seiner Ansicht darauf, daß in der c. 8 Cod. cit. Tatbestand und Entscheidung nicht harmonieren, ferner der in den Schlußworten *electione iam emptori praestita servanda* enthaltene Hinweis auf eine im Jahre 285 erlassene Konstitution in einem Prozeßreskript ganz unglaublich sei und auch den letzten Satz der c. 2 Cod. cit. als interpolationsverdächtig erscheinen lasse, daß endlich mehrere im Codex Justinianeus erhaltene Kaisererlässe nachdiokletianischer Zeit entgegengesetzte Entscheidungen bieten [1]).

Die Vorschrift der c. 2 Cod. gibt nun in der Tat — von allen formalen Momenten zunächst abgesehen [2]) — vom rechtlichen Standpunkt aus zu schweren Bedenken Anlaß.

---

[1]) In c. 1, 4, 7 C. Th. 3, 1 (aus den Jahren 319, 383, 396) wird die Entscheidung getroffen, daß eine Reszission des Kaufvertrages wegen zu geringen Kaufpreises nicht gestattet sei. Das Recht des Rücktrittes vom Kaufvertrag wird auf den Fall des Betruges beschränkt, im übrigen aber es als Sache des Verkäufers bezeichnet, sich vor Abschluß des Kaufgeschäftes über den effektiven Wert der Sache zu erkundigen. Von diesen Reskripten des Cod. Theod. wurde nur die Konstitution Gratians aus dem Jahre 383 rezipiert (c. 15 Cod. Just. 4, 44) und durch Interpolation mit der Vorschrift der C. 2 und C. 8 Cod. h. t. in Einklang gebracht. (Gradenwitz a. a. O.)

[2]) Hier sei nur auf folgende Bedenken gegen die Echtheit des Textes in der c. 2 Cod. cit. aufmerksam gemacht, Bedenken grammatisch-stilistischer Art. 1. Der zweite Teil der Alternative, welche die dem Käufer eingeräumte facultas alternativa zum Ausdruck bringt, fällt ganz aus der grammatischen Konstruktion heraus *(ut ... vel si emtor elegerit, quod deest iusto pretio recipies)* und erweist sich damit als spätere Zutat. Diese Beobachtung ist erst durch Krügers Textausgabe ermög-

Ich möchte diesbezüglich auf folgende bisher noch nicht beachtete Umstände aufmerksam machen. Die hier getroffene Neuerung geht viel zu weit, als daß man annehmen könnte, sie sei in der Entscheidung über einen konkreten Urteilstatbestand (der dem Kaiser von einer Privatperson vorgelegt wurde) getroffen worden.

Die rescripta principum haben allerdings vielfach, wo sie das geltende Recht interpretieren, besser gesagt, zu interpretieren vorgeben, neue Rechtssätze aufgestellt. Aber derartige praktische Festsetzungen, wie die Bestimmung einer fixen, unwandelbaren Grenze bei der laesio enormis können unmöglich in der Erledigung eines Rechtsstreites erfolgen. Es wird in der ganzen Welt keinen Richter geben, der in einem Urteil einen relativen Maßbegriff so anwendet, daß er ohne Analogie eine fixe Grenze festsetzt und sich so selbst für alle späteren Fälle die Möglichkeit individueller Beurteilung entzieht.

---

licht worden. Die älteren Editionen haben hier durchwegs aus eigener Machtvollkommenheit die von ihnen als notwendig empfundene Verbesserung *(recipiat)* in den Text aufgenommen. Krüger verzichtet mit vollem Recht auf diese Emendation und begnügt sich mit der Mitteilung der handschriftlich allein beglaubigten Lesart *recipies.* 2. In stilistischer Beziehung fällt störend auf die unmittelbare Aufeinanderfolge desselben Verbums in einem und demselben Satz *(ut vel fundum recipias, . . . vel quod deest iusto pretio recipies).* Wäre der ganze Satz in continuo geschrieben, so würde der Verfasser *recipere* nur einmal (und zwar an den Schluß) gesetzt haben. 3. Zu beachten ist weiter, daß im ersten Teil der Alternative von einer Mehrheit von Käufern die Rede ist *(. . . pretium te restituente emptoribus)*, im zweiten dagegen bloß von einem Käufer gesprochen wird *(si emtor elegerit).* Diese Divergenz erklärt sich aus der Mischung zweier Stilarten. Der Erlaß geht mit den Worten *vel si emtor elegerit* plötzlich aus einem Urteil, welches die Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse gestattet, in das von den letzteren abstrahierende Gesetz über. Lupus hatte die Sache an mehrere Personen verkauft, die Urteilssentenz spricht daher von mehreren *emtores.* Der Interpolator hat nicht über einen konkreten Tatbestand zu entscheiden; er will nur eine allgemein gültige Norm für die Zukunft erlassen und bedient sich daher des Singulars.

Die gesetzgebende Tätigkeit des reskribierenden Kaisers würde aber noch viel weiter gehen. Von der Anfechtbarkeit des Kaufes wegen übermäßiger Läsion findet sich noch im dritten Jahrhundert keine Spur. Und ein völlig neues Gesetz, das absolut keine Stütze in dem übergekommenen Rechtszustand hatte, sollte auf ein bereits abgeschlossenes Rechtsgeschäft Anwendung finden und so der Kauf ex rescripto aufgehoben werden! Das halte ich für undenkbar; denn Diokletian hat in einem Reskript aus dem Jahre 293 (c. 3 Cod. h. t.) ausdrücklich betont:

De còntractu venditionis et emptionis iure perfecto alterutro invito nullo recedi tempore bona fides patitur, nec ex rescripto nostro, quo iure fiscum nostrum uti, saepe constitutum est.

Von der Annahme eines Widerspruches zwischen zwei Konstitutionen desselben Kaisers befreit uns die Erkenntnis, daß das remedium der c. 2 Cod. von Justinian, also in einem Gesetzbuch eingeführt worden ist.

Das Reskript Diokletians würde aber nicht nur durch die Anerkennung der laesio ultra dimidium als Reszissionsgrund, sondern auch in anderer Hinsicht dem geltenden Recht widersprochen haben. Das Reskript erklärt eine Aufhebung des Kaufvertrages auch dann für zulässig, wenn nicht der Petent selbst, sondern dessen Erblasser den Kontrakt abgeschlossen hat und dabei übervorteilt wurde. Die hier getroffene Entscheidung widerspricht aber dem Reichsrecht, wie es noch unter Arcadius und Honorius in Geltung stand. Diese Kaiser haben über Anfrage des Statthalters von Aegypten (Remigius), ob den Erben des Verkäufers Reszission wegen *„minus pretium“* zu gewähren sei, nachstehendes Reskript erlassen:

Semel, inter personas legitimas initus empti contractus et venditi, ob minorem adnumeratam pretii quantitatem, nequeat infirmari (c. 7. Cod. Theod. de contr. empt. 3, 1) . . . *Dubium non est, contestationem intellegi etiam, si nostrae*

fuerint tranquillitati preces oblatae, easque ad heredem quoque eius, in quem porrectae sunt, vel ab herede eius, qui meruerit, exerceri: Nam sicut ex causis numerosis etiam haec actio transmittitur ad heredem, quae testatori competisse monstratur, sic et e diverso, iuris definitione, consultorum omnium consona responsione, firmatur, ab herede actionem non incipere, quae non competierit, testatori (c. 8. Cod. Theod. de div. rescr. 1, 2).

Ein Ansuchen um Reszission des Kaufes wegen *minus pretium* ist also nach dem Erlasse der reskribierenden Kaiser abzuweisen, in erster Linie deswegen, weil nach der übereinstimmenden Ansicht der Juristen: ‚*Actio ab herede incipere non potest, quae testatori seu defuncto non competiit*‘. Wenn diese wenig moderne regula iuris noch unter Arcadius und Honorius galt, so muß sie noch um so mehr unter Diokletian praktische Bedeutung gehabt haben. Diokletian hätte sich auch hier über einen anerkannten Rechtssatz hinweggesetzt, seine Entscheidung wäre direkt contra legem gewesen, was immerhin bedenklich ist. Wenn Justinian auch dem Erben die Anfechtung des von seinem Erblasser geschlossenen Kaufes gestattet, so kann das nicht verwundern. Die alte regula: *actio ab herede incipere non potest* hatte zu Justinians Zeiten offenbar ihre praktische Bedeutung eingebüßt. Deshalb wurde auch bei Wiedergabe der c. 8. C. Theod. 1, 2 (= C. J. 1, 20, 1) der Schlußsatz weggelassen.

Einen sehr interessanten Beitrag zu der uns hier beschäftigenden Frage bietet ein Vergleich des Erlasses, der die Anfechtung wegen laesio enormis einführt, mit der Paraphrase der Basiliken; er lehrt uns, wie im folgenden gezeigt werden soll, daß die spätbyzantinischen Juristen die zahlreichen, bisher noch nicht genügend beachteten Mängel des Textes jener Konstitution mit Scharfblick erkannt haben, Mängel in grammatischer, stilistischer und logischer Hinsicht, die sich aus der eilfertigen Art der justinianischen Kompilation leicht erklären lassen. Eine ge-

rechte Würdigung wird ihnen die Anerkennung nicht versagen, daß sie das, was sie angestrebt haben, auch wirklich erreicht haben, und daß die Fassung, welche sie dem diokletianischen Reskript in ihrem Rechtsbuch gegeben haben, vom sprachlich-stilistischen und logischen Standpunkt aus einen vollkommen befriedigenden Eindruck macht.

Ich führe hier zunächst den Wortlaut der c. 2. Cod. in der Krügerschen Rezension an und sohin die Paraphrase der Basiliken in jener Version, welche dem uns leider nicht erhaltenen Urtext am nächsten kommt: Cod. IV. 44, 2. ,*Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. Aurelio Lupo. Rem maioris pretii, si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias, vel si emptor elegerit, quod deest iusto pretio, recipies. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.*

Bas. XIX, 10, 66:

Ἐάν τις τὸ ἴδιον πρᾶγμα ἐλαχίστου τιμήματος πωλήσῃ, δύναται τὸ τίμημα ἀναδιδοὺς λαμβάνειν τὸ ἴδιον πρᾶγμα. ἐλάχιστον δὲ τίμημά ἐστι τὸ μηδὲ εἰς ἡμίσειαν διατίμησιν ἀναφερόμενον. ἐὰν δὲ ὁ ἀγοραστὴς ἐπιλέξηται τὸ λεῖπον τῷ δικαίῳ τιμήματι δοῦναι, ἔχειν αὐτὸν τὸ πεπραμένον πρᾶγμα. τὸ αὐτὸ δὲ δίκαιον καὶ ἐπὶ τοῖς παισὶ τοῦ πράτου προβαινέτω.

Si quis rem suam minimo pretio distraxerit, potest restituto pretio rem suam recipere. Minimum vero pretium est, quod nec dimidiam aestimationem aequat. Sed si emtor maluerit id, quod iusto pretio deest, praestare, rem venditam retinebit. Idem ius et in liberis venditoris procedat.

Im ersten Satz ist die Uebersetzung ein wenig ungenau, denn das ἴδιον der griechischen Paraphrase ist im lateinischen Original nicht motiviert. Nach dem Wortlaute des lateinischen Textes steht das Recht der Anfechtung wegen Verletzung über die Hälfte auch dem Verkäufer fremder Sachen zu.

Zachariae[3]) sucht die Worte ἴδιον πρᾶγμα daraus zu erklären, daß die griechische Uebersetzung, welche als Vorlage der Basiliken diente, in den c. 2. cit. *fundus* vermutlich mit ἰδιόστατον wiedergegeben hat. ἰδιόστατον ist ein fundus, „der im Steuerkataster als selbständiges Gut angeführt wird“. Dieser Annahme kann meines Erachtens nicht beigepflichtet werden: Durch das ἰδιόστατον der „Uebersetzung“ würde viel mehr in den Text unserer Konstitution hineingetragen werden, als durch das ἴδιον der Basiliken; es wäre auch ungerecht, den Verfassern dieses Gesetzbuches ein so schweres Mißverständnis ihrer Vorlage zuzumuten. Das Wort ἴδιον erklärt sich vielleicht durch die Bezugnahme auf ein im byzantinischen Recht anerkanntes Beispruchsrecht der Erben. Die Basiliken räumen das Recht der Reszission zunächst dem Verkäufer und dann im Schlußsatze auch seinen Kindern ein, und zwar nach dem Wortlaute der Stelle schon bei Lebzeiten des Vaters, vermutlich, wie gesagt, mit Rücksicht auf das den nächsten Verwandten zustehende Beispruchsrecht[4]).

Im übrigen gibt die von den Verfassern der griechischen Paraphrase im ersten Satze vorgenommene Aenderung zu keinerlei Bedenken Anlaß. Auf keinen Fall darf ihnen, wie dies tatsächlich geschehen ist, ein Vorwurf daraus gemacht werden, daß sie die Worte ‚*fundum venditum*‘ in ihrer Bearbeitung unübersetzt lassen. Dieser angebliche Fehler erklärt sich in folgender Weise. Das lateinische Original spricht im Vordersatze von *res* (schlechthin) als Objekt des anfechtbaren Kaufvertrages und stellt die Worte ‚*rem maioris pretii*‘ (wie das beim gemeinsamen Objekt und überall dort, wo ein Gegensatz besonders hervorgehoben werden soll, Regel ist) an die

---

[3]) Zeitschr. der Savignystiftung, Rom. Abt. IV, S. 57.

[4]) Ich lasse es dahingestellt, ob dieses Recht wie im deutschen Recht (cf. Stobbe, Handb. d. deutschen Privatr. II, 1, S. 455 ff.) nur bei Grundstücken oder auch bei (besonders wertvollen) Mobilien Platz greift; wenn das erstere zutrifft, so muß der letzte Satz der Paraphrase einschränkend ausgelegt werden.

Spitze des ganzen Satzgefüges; gleich darauf wird aber im Nachsatze die Pflicht zur Restitution eines *fundus venditus* als Folge des „Verkaufes" bezeichnet. „Wenn du eine Sache verkauft hast, so ist es billig, daß du ein verkauftes Grundstück zurückerhältst." Diese Ungereimtheit hat im gemeinen Recht zu der bekannten Kontroverse Anlaß gegeben, ob das remedium der c. 2. Cod. auf alle des Eigentums fähigen Sachen oder nur auf Immobilien, resp. lediglich auf fundi, welche natürliche Früchte hervorbringen, Bezug haben. Die eine Ansicht beruft sich auf die Anfangsworte, die andern auf ‚*fundus venditus*' in der c. 2 und den entsprechenden Ausdruck der c. 8. Cod. eod. Die Verfasser der Basiliken haben richtig erkannt, daß man nicht in einem Atem ganz allgemein von einer res maioris pretii minoris pretii vendita und einem fundus venditus als Objekt der Restitution reden könne. Vor die Alternative gestellt, sich für das eine oder andere zu entscheiden, haben sie den weiteren Ausdruck gewählt und den Rechtsatz auf sämtliche Eigentumsobjekte bezogen. Ob sie damit die Absicht Justinians richtig erfaßt haben, und ob die erweiternde Auslegung dem Zeitgeist und der dogmatischen Tradition der byzantinischen Rechtsschulen entsprach, mag dahingestellt bleiben; ihr Streben war, wie sich auch sonst zeigen läßt, in erster Linie darauf gerichtet, einen widerspruchslosen Gesetzestext herzustellen[5]).

[5]) Die von Zachariae (a. a. O. S. 59) für die Beschränkung der C. c. auf fundi gegebene Erklärung, welche auf der Annahme eines Zusammenhanges zwischen dem diokletianischen Reskript und einer im dritten Jahrhundert über den Grundbesitz hereingebrochenen Krise beruht, ist durch den Nachweis der Interpolation hinfällig; sie ist auch aus anderen Gründen unhaltbar. Den Bauern, die infolge der Krise genötigt waren, ihre Grundstücke um einen Schleuderpreis zu verkaufen, konnte durch ein solches Gesetz unmöglich geholfen werden. Wenn ein Reskript bestimmte, daß der Verkäufer bei Verletzung über die Hälfte einseitig vom Vertrage zurücktreten könne, so waren damit solche Verträge, bei welchen der Verkäufer die Hälfte des *iustum pretium* erhält, als vollkommen ordnungsmäßig anerkannt. Der Grundbesitzer,

Der Ausdruck ‚*verum pretium*‘ im Schlußsatze der C. 2 cit. ist in der griechischen Paraphrase durch die Worte ‚τὸ δίκαιον τίμημα‘ ersetzt. Der in der lateinischen Vorlage verwendete Terminus entspricht kaum dem juristischen Sprachgebrauch. Nach römischem Recht muß das pretium ‚*verum*‘ sein. Das bedeutet: es muß in der ernstlichen Absicht, daß es Preis sein solle, gegeben sein, es darf nicht simuliert sein, wie bei der Absicht, es zu erlassen. In unserem Reskripte und nur hier — ist *verum pretium* synonym mit *iustum pretium* gebraucht, was sehr auffallend, wenn auch für Interpolation nicht streng beweisend ist; aber der griechische Ausdruck ist der richtige.

Eine weitere Divergenz des lateinischen und griechischen Textes besteht darin, daß in letzterem die Worte *maioris pretii* (*res maioris pretii*) eliminiert sind und nur von einem ἴδιον πρᾶγμα gesprochen wird und weiteres der Komparativ *minoris pretii* durch den Superlativ ἐλαχίστου τιμήματος ersetzt ist. Es geschah dies, wie ich glaube, in richtiger Erkenntnis der Mängel des lateinischen Originales. Maßgebend für die byzantinischen Juristen und ebenso meines Erachtens für die Annahme einer Interpolation ist die Tatsache, daß sich in der justinianischen Fassung der Schlußsatz mit dem Vorhergehenden absolut nicht vereinigen läßt.

Es kann an sich fraglich sein, ob im Anfange der Stelle *minoris pretii* als genetivus pretii oder genetivus qualitatis

---

der einen fundus aus Not um die Hälfte des Schätzwertes verkauft, ist unrettbar dem wirtschaftlichen Ruin preisgegeben. Auch darf man nicht übersehen, daß der Niedergang des Bauernstandes nicht von heute auf morgen eingetreten ist. Die Notverkäufe werden die Preise kleiner Grundstücke im Laufe der Zeit sehr herabgedrückt haben. Der Grundbesitzer, der um einen Schleuderpreis verkauft hat, wird in der Mehrzahl der Fälle nicht in der Lage sein, von der „Wohltat“ des Gesetzes Gebrauch zu machen. Er hat um das *iustum pretium*, um den Preis, der *tempore venditionis* gewöhnlich gezahlt wird, verkauft, mehr hat er nicht zu fordern. Das diokletianische Reskript hätte den notleidenden Grundbesitzern einen Stein statt Brotes geboten.

aufzufassen ist. Im ersteren Fall bestimmt sich die Qualität der verkauften Sache als *res maioris pretii* aus dem Vergleiche des tatsächlich gezahlten mit dem üblichen Verkaufspreis, im letzteren aus dem Vergleiche mit Sachen anderer Art. Das Original eines Kunstwerkes kann als *res maioris pretii* der Kopie als *res minoris pretii* entgegengestellt werden.

Nach der ersten Auffassung liegt in dem Ausdruck *res maioris pretii* ein Hysteronproteron; denn daß die Sache eine *res maioris pretii* ist, ergibt sich ja erst aus dem Vergleiche ihres Wertes mit dem beim späteren Verkauf erzielten Kaufpreis. Aber ich möchte diesen logischen Mangel nicht allzusehr betonen, psychologisch läßt sich eine derartige Ausdrucksweise leicht begreifen. Dann muß man aber auch die Konsequenzen daraus ziehen. Der komparative Genetiv ‚*maioris pretii*‘ erfordert notwendigerweise als Korrelat einen komparativen Genetiv ‚*minoris pretii*‘. Nur so läßt sich der vom streng logischen Standpunkt aus unkorrekte Ausdruck ‚*maioris pretii*‘ rechtfertigen. Bei der durch den letzteren geforderten Bedeutung des korrelaten Ausdruckes *minoris pretii* (= um einen geringeren Preis) ist aber für eine Erläuterung, wie sie der Schlußsatz bietet, keine Veranlassung. Um für diese Raum zu schaffen, müßte *maioris pretii* gestrichen werden.

Die zweite Auffassung führt zu dem gleichen Resultat. Allerdings wird dabei das oben gerügte Hysteronproteron vermieden; aber der Schlußsatz wäre hier ebensowenig wie bei der ersten Erklärung motiviert. Durch die Eliminierung der Worte *maioris pretii* sind die Verfasser der Basiliken zu einer logisch und stilistisch korrekten Formulierung gelangt.

Die Worte *auctoritate intercedente iudicis* fehlen in der griechischen Paraphrase. Ihre Stellung im Texte der diokletianischen Konstitution ist sehr auffallend; denn es ist nicht einzusehen, warum nur die Restitution des Grundstückes *auctoritate intercedente iudicis* erfolgen solle, nicht auch die Nachzahlung. (In der Tat werden die fraglichen Worte von den neueren Interpreten auf beide Fälle der facultas alter-

nativa bezogen). Dies mag in erster Linie für die Verfasser der Basiliken maßgebend gewesen sein, den ganzen Ausdruck zu streichen. Es kommt aber noch folgendes hinzu. Mit den Worten *auctoritate intercedente iudicis* haben die Juristen aller Zeiten nichts Rechtes anzufangen gewußt. Die einen finden in den fraglichen Worten ausgedrückt, daß die Ungültigkeit des Vertrages nicht ipso iure, sondern erst durch Ausspruch des Richters eintrete. Andere behaupten, daß damit der Petent einfach an den Richter verwiesen werde, wobei vorausgesetzt wird, daß er das hier zu ergreifende Rechtsmittel kenne[6]). Als sehr bedeutungsvoll fassen nach Zachariaes[7]) Meinung die byzantinischen Juristen den in der c. 2 Cod. erwähnten „Machtspruch" des Magistrates auf; sie erblicken in ihm, so wird gelehrt, einen Hinweis auf das hier, wie bei Anfechtung wegen Betruges, Minderjährigkeit zuständige außerordentliche Rechtsmittel der in integrum restitutio und lassen deshalb eine Reszission des Kaufvertrages nur innerhalb von vier Jahren a tempore venditionis zu. In dieser Interpretation findet Zachariae eine feinsinnige Auslegung der diokletianischen Konstitution, deren kurze Fassung eben dem knappen Reskriptstil entspreche. — Ich kann aber trotz wiederholter Ueberprüfung der einschlägigen Aeußerungen der nachjustinianischen Juristen nicht herausbringen, daß die letzteren aus dem Erlasse klüger geworden sind, als ihre abendländischen Fachgenossen. Nach der Lehre der byzantinischen Juristen kann die laesio enormis allerdings nur innerhalb von vier Jahren geltend gemacht werden. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß die Rechtshilfe in Form der in integrum restitutio gewährt werden soll. Stephanos Schol. Bas. 13, 2, 2 gebraucht den meines Erachtens ganz farblosen Ausdruck αὐθεντία τοῦ ἄρχοντος; ebenso farblos ist die Ausdrucksweise in einer Entscheidung des Magister Eusthatios (Peira 38, 12), wo von einer

---

[6]) Glück, Kommentar zu den Pandekten XVII, S. 66 ff.

[7]) A. a. O. S. 57.

δίκη κινουμένη die Rede ist, was ebenso von einer gewöhnlichen Klage als dem Rechtsmittel der in integrum restitutio verstanden werden kann. Für die Gleichstellung des remedium ex c. 2. Cod. mit der in integrum restitutio bezüglich der Frist zur Geltendmachung waren wohl ausschließlich praktische Gründe, nicht der Wortlaut des diokletianischen Reskriptes maßgebend. Die Verfasser der Basiliken haben, da sie einen tieferen Sinn den obigen Worten nicht beimessen zu können glaubten, auf ihre Wiedergabe verzichtet. Meine Vermutung, geht dahin, daß damit nur auf das hier anzuwendende Verfahren — Extraordinarverfahren statt des in diokletianischer Zeit noch immer herrschenden Ordinarprozesses — und das der *extraordinaria cognitio* eigentümliche starke Hervortreten der richterlichen Initiative Bezug genommen wird. Die Verfasser der Basiliken haben diese Worte mit Recht unübersetzt gelassen, da im justinianischen Recht bekanntlich alle *iudicia extraordinaria ordinaria* geworden sind.

XIII.

Eine indische Entscheidung über die Beerbung einer unverheirateten Frau.

Von

Josef Kohler.

Ueber die Beerbung einer verheirateten Frau nach indischem Recht kann ich auf meine Ausführungen in dieser Zeitschrift III, S. 439 f. verweisen. Daß das Çulka, d. h. der an die Frau gefallene Frauenpreis, eine besondere Vererbung findet, ist bekannt, und das Yautaka (die Gerade) fällt an die Tochter, und zwar bei mehreren Töchtern an die unverheiratete und unausgestattete. Dabei gilt der Grundsatz, daß Kinder verschiedener Frauen desselben Mannes in bezug auf jede Frau so behandelt werden, wie wenn sie ihre Kinder wären. Sind keine Kinder vorhanden, so wird unterschieden, ob die Ehe in einer gesetzlich gebilligten Form oder in einer gesetzlich getadelten Weise stattgefunden hat. In letzterem Falle, namentlich bei der Asura- oder Kaufehe, fällt das Gut an die Verwandten der Frau, im ersteren Falle dagegen an die Verwandten des Mannes, weil durch eine gesetzliche Ehe die Frau vollständig in die Familie des Mannes eintritt. In den späteren Rechtsbüchern hat sich die Sache verschieden entwickelt; nach der Mitâksharâ namentlich wurde die privilegierte Erbfolge der Tochter auf das ganze Frauengut erstreckt.

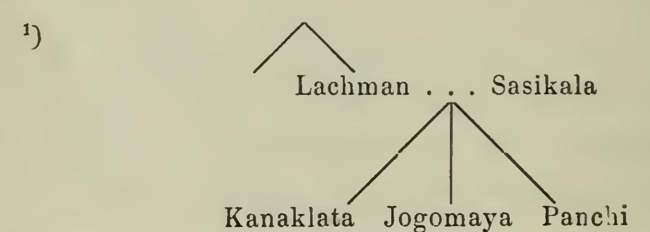
Um einen derartigen Fall handelt es sich hier nicht, sondern um die Erbfolge in das Vermögen einer unverheirateten Frau.

Die Verwandtschaft hatte sich in folgender Weise gestaltet. Ein gewisser Lachman hatte seine Frau Sasikala zur Erbin eingesetzt und diese ihre drei Töchter Kanaklata, Jogomaya und Panchi. Nach dem Tode beider Eltern starb Panchi, und es handelte sich um ihre Erbfolge. Panchi war unverheiratet und ohne Nachkommen [1]). Es fragte sich nun, ob sie von ihren beiden Schwestern beerbt werde, oder ob der nächste männliche Agnat, nämlich der Bruder Lachmans, zur Erbfolge gelangte. Für das letztere entschied sich das Gericht I. Instanz mit Rücksicht darauf, daß dieser Agnat ein Sapinda war und die indische Erbfolge mit dem Opfersystem zusammenhänge. Das Appellationsgericht in Kalkutta dagegen erkannte im Jahre 1908 in entgegengesetzter Weise und erklärte, daß die Frau von ihren nächsten Verwandten beerbt werde, und das seien ihre Schwestern.

Die Sache war sehr fraglich, namentlich da mehrere Stellen der Rechtsbücher den Frauen jedes Erbrecht abzustreiten scheinen [2]). Der Zug des modernen Rechts aber geht natürlich dahin, daß auch die Kognaten, welche keine Opfererben sind und welche nicht zum Agnatenverband (zur Gotra) gehören, Erbe werden. Sicher wäre die Sache nach dem in Bombay geltenden Rechte; denn Nîlakantha im Vyavahâra Mayûkha spricht sich ausdrücklich für die Beerbung der Schwestern aus: sie seien zwar Bandhus (Kognaten), aber diese Kognaten sollen nicht durch die Agnaten ausgeschlossen

---

[1])



[2]) Man berief sich insbesondere auf einen Vedatext: A woman is not entitled to inherit; for thus says the Veda, females and persons deficient in an organ of sense (or a member) are deemed incompetent to inherit. Vgl. Sarvadhikari, Hindu law of inheritance, p. 670.

werden. Es heißt hier IV, 8, 16 f. (nach der Uebersetzung von Mandlik S. 81):

In default of her (comes) the sister; for, says Manu (ch. ix., v. 187): „The wealth (of the deceased) goes tho whoever is next among Sapindas and the rest.“ (Similarly) Brihaspati: „Where a childless man (leaves) several clansmen, Sakulyas (kinsmen) and Bandhavas (relations), whoever of them is the nearest takes the wealth (of the deceased).“ Being begotten in her brother's family (gotra), she possesses the qualifications of a gotraja. The community of gotra (does) indeed not (exist in the case of a sister). But the quality of being a Sagotra is not mentioned here as being a condition of (the right of) taking the wealth (as heritage).

Aber auch die Mitâksharâ II, V. 3 erklärt folgendes [3]):

The kinsmen sprung from the same family as the deceased (samanagotrajah sapindah), namely, the grandfather and the rest, inherit the estate. For the bhinna gotra sapindas are included by the term bandhus.

Weitere Literatur ist im Urteil des Appellationsgerichtes aufgeführt. Es bezieht sich auch auf Kamalakara, der aber nur von der Witwe, nicht von der unverheirateten Frau spricht. Die Gründe sind sehr ausführlich und weitschweifig. Ein Teil sei hier wiedergegeben [4]).

The law on the point admittedly lies within a very narrow compass, a text of Baudhayana cited in the Mitakshara, and the commentary on that text in the Viramitrodaya. The whole question turns upon the meaning to be given to the words „their nearest relations“ in the Viramitrodaya. The text of Baudhayana is to be found in the Mitakshara, Chap. II, sec. XI, sub-sec. 30. For Baudhayana says: „The wealth of a deceased damsel, let the uterine brethren themselves take. On failure of them, it shall belong to the mother, or if she be dead to the father.“ In the Viramitrodaya (at p. 240/41 of Golap Chandra Sarkar Shastri's translation) we find „Besides as it is expressly declared that the father inherits the property of a maiden on failure of the mother,

---

[3]) Ich benutze die Uebersetzung von Sarvadhikari, Principles of inheritance law, p. 662.

[4]) Entnommen den Calcutta Weekly Notes 11. Sept. 1911, XV, 42, p. 1038/39.

so the same order is proper in this case also; thus Baudhayana declares ‚The wealth of a deceased maiden, let the uterine brothers themselves take; on failure of them it shall belong to the mother, in her default, to the father. On failure of the mother and the father, it goes to their nearest relations‘." Who are their nearest relations? Had it not been for the elaborate arguments which were addressed to us, I should have been inclined to say that there was not much room for argument. As it is, it appears to me not to admit of any doubt. In this case Lachman and Sasikala were admittedly married according to one of the approved forms. The wife therefore became absolutely a member of her husband's family and his relations were her relations. Now whether Defendants Nos. 2, 3 and 4 be regarded as relations or as heirs of Lachman, it makes no difference. The word sapinda in the Mitakshara denotes affinity; „sapinda relationship arises between two people through their being connected by particles of the one body". (See Mayne's Hindu Law, 7th Ed., p. 690.) From this point of view Defendants Nos. 2, 3 and 4 are manifestly nearer in relationship to Lachman and Sasikala than the Plaintiffs. They would undoubtedly as heirs of Lachman be preferred to the Plaintiffs. A daughter and a daughter's son both came in before a brother's son. The argument of the learned pleaders for the Respondents resolved itself into this, that agnates must be preferred to cognates. But why? No authority was cited for the proposition, which involves a constrained and unnatural interpretation of the words „their nearest relations" in the Viramitrodaya. As a matter of fact, it was the only possible line of argument by which the Plaintiffs could hope to succeed. It was said that this was a case of first impression and that the point has not been decided before. A very similar case, however, arose in Bombay, see Janglubai v. Jetha Appaji. There also the question was as to the succession to the stridhana of a maiden, and the contesting parties were the maternal grandmother, Plaintiff, and the father's mother's sister's son, Defendant. That case differed from the present in that the parents of the propositus had been married apparently according to one of the blamed rites, and the contest was between the relations of the mother on the one side and of the father on the other. It was there argued (though unsuccessfully) for the Plaintiffs that the maternal relations were to be preferred to the paternal. Many of the remarks of Mr. Justice Chandavarkar are applicable to the present case, and I do not propose to go over the same ground again. I may, however, repeat one remark of the learned Judge that „the sapindas, i. e., the nearest relations of the parents" means the sapindas of the father, who are also sapindas of the mother by virtue of her identity with her husband as half of

his body. The various commentators who have touched on the question appear to be of the same opinion, see Dr. Gooroo Das Banerjee on Marriage and Stridhana, 2nd Ed., p. 424; Mayne's Hindu Law, 7th Ed., p. 890/91, and Golap Chandra Sarkar Shastri's Hindu Law, 4th Ed., p. 460. I would therefore hold that any one of the Defendants Nos. 2, 3 or 4 is entitled to succeed to the estate of Panchi Barmani in preference to the Plaintiffs. As between Defendants Nos. 2 and 3, the sisters, and Defendant No. 4, the sister's son, I would leave the question of preference undetermined as they are all before us in the position of Defendants. Whatever may be the rights of the Defendants as between themselves, the Plaintiffs must fail. The learned Subordinate Judge in coming to the opposite conclusion has, I think, fallen into error by not adhering closely to the texts, and by confounding the case of succession to a female with that of succession to male. Here we have to look for the heirs of the unmarried female in the nearest relations of her parents, and the only question is which of the parties before us answers to that description. It is unnecessary to go into any other questions arising in the suit.

For the reasons given I would allow the appeal and dismiss the Plaintiff's suit with costs in both Courts.

Literaturübersicht [1]).

Besprechungen

von **Josef Kohler.**

Dr. Walther Gautschi, Die Rechtswirkungen der Eintragung in die Zivilstandsregister. Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel.

Inwiefern ist die Eintragung in die Zivilstandsregister konstitutiv oder bloß deklarativ? Welches ist ihre Beweiskraft im Leben und welche vor den Gerichten? Inwiefern hat der Standesbeamte die ihm gemachten Angaben zu kontrollieren — denn ohne jedes Kontrollrecht wäre es sinnlos, wenn man dem Protokoll über die Angabe von Privatpersonen eine objektive Beweiskraft zumessen wollte. In diesen Punkten bietet der Verfasser unter rechtsvergleichender Betrachtungsweise lehrreiche Einzelheiten.

Enrico G. Martina, Studi di Legislazione Germanica. Verlag Fratelli Bocca, Turin, 1911.

Diese Schrift zeichnet sich durch Fülle des Materials und tiefes Eingehen in die deutschen sozialen Gebilde der modernsten Zeit aus. Ich verweise insbesondere auf die ausführliche Darstellung der Lehre vom Tarifvertrag S. 378 f., bei welcher nicht nur die deutsche Literatur ausführlich berücksichtigt ist, sondern auch die verschiedenen ausländischen Gesetze, z. B. das holländische und das spanische, wie denn auch die Gesetzentwürfe reichlich verwertet sind. Ich betrachte die Tarifverträge als einen sozialen Eingriff in das Privatrecht, ganz ähnlich wie die Arbeitsordnung der Fabriken, und ihre Wirksamkeit besteht darin, nicht daß der einzelne verpflichtet wird, Werkverträge nur unter diesen Bedingungen abzuschließen, sondern

[1]) Wegen des beschränkten Raumes kann die Literatur nur mit Auswahl besprochen werden; eine Rücksendung unverlangt eingelieferter Bücher findet nicht statt; die Aufnahme von Erwiderungen ist untunlich.

daß der Abschluß von Werkverträgen ohne weiteres diesen Bedingungen unterliegt. Die Herabstimmung des Privatrechts zugunsten der sozialen Ordnung gehört mit zur Charakteristik unseres heutigen Rechts.

Dr. Adolf Berger, Die Strafklauseln in den Papyruskunden. Verlag B. G. Teubner, Leipzig.

Die Vertragsstrafe spielt im griechischen Rechte ganz ebenso wie im babylonischen eine große Rolle. Ueber ihre reichhaltige Anwendung hat uns zuerst die Papyruskunde Aufschluß gegeben. Man erfährt hier vom ἡμιόλιον, vom ὡρισμένον πρόστιμον, von der lange Zeit häufigen Fiskalstrafe, die wohl auf bestimmten Gesetzen beruhte. Belehrend ist der Vergleich zum babylonischen Rechte, das ähnliche Resultate aufweist.

F. Karsch-Haack, Das gleichgeschlechtliche Leben der Naturvölker. Verlag Ernst Reinhardt, München, 1911.

Der Verfasser hat das große Verdienst, die homosexuellen Verhältnisse der Naturvölker eingehender als andere durchforscht und uns eine soziologische Studie über einen Punkt gegeben zu haben, der nach allen Seiten hin von ausnehmender Wichtigkeit ist. Nicht nur für die richtige Beurteilung der Päderastie bei den Kulturvölkern, sondern auch für die Sitten- und Rechtsgeschichte der Menschheit ist es von größter Bedeutung, daß wir in den homoerotischen Betätigungen durchaus nicht etwa vereinzelte Abirrungen der Ueberkultur, sondern Erscheinungen zu erblicken haben, welche in die Urzeiten der Menschheit zurückreichen. Eine Fortsetzung der Studie wäre die Darstellung der homoerotischen Kulte bei den Kulturvölkern; so ist es beispielsweise gar nicht zweifelhaft, daß eine solche kultliche Erotik bei den Babyloniern stattfand, wovon ich bereits oben S. 5 gesprochen habe. Daß irgend eine Zurückhaltung, ein Wegwenden von der Wahrheit der Erscheinung, eine Verdeckung soziologischer Zustände dem Forscher nicht ansteht, versteht sich von selber, und darum ist sehr zu wünschen, daß die nach dieser Richtung hinzielenden Fragebogen künftig bei den Ethnologen und Reisenden eine eingehende Berücksichtigung finden, so unsympathisch ihnen derartige Dinge auch sein mögen. Nicht das uns Sympathische, sondern das Wahre ist Gegenstand der Wissenschaft.

F. Meili und A. Mamelok, Das internationale Privat- und Zivilprozeßrecht auf Grund der Haager Konventionen. Verlag Orell Füßli, Zürich, 1911.

Eine, wie von den Verfassern nicht anders zu erwarten, mit größter Sachkenntnis und sorgfältigster Erwägung ausgearbeitete Darstellung der durch das Haager Abkommen erreichten Fortschritte des zwischenstaatlichen Rechts, ausgezeichnet auch durch die eingehende Berücksichtigung der bisherigen Landesgesetzgebung. Ich weise z. B. auf die vorzügliche Erörterung des Schweizer Rechtes hin, dessen Praxis seinerzeit sich der Lehre von der ausschließlichen Schweizer Kompetenz in Ehescheidungs- und Ehenichtigkeitssachen zuneigte, heutzutage aber mit Recht von dieser Ausschließlichkeit abgekommen ist. In der Tat läßt sich für ein Volk mit starker Expansionskraft, das seine Söhne nach allen Weltteilen entsendet, ein ausschließliches Eheforum nicht aufrecht erhalten.

Ernst Pedotti, Die Unterlassung der Nothilfe mit besonderer Berücksichtigung des geltenden und künftigen schweizerischen Rechtes. Verlag H. R. Sauerländer & Co., Aarau, 1911.

Der Verfasser untersucht die Verpflichtungen der gesetzlichen Hilfe im Privat- und Strafrecht eingehend und kommt dabei auf die verschiedensten Seiten des interessanten Themas zu sprechen, insbesondere auf die Frage, ob die Unterlassung ein reines Unterlassungsdelikt oder unter Umständen auch ein Begehungsdelikt durch Unterlassung ist, ob also der Unterlassende für die Folgen einstehen muß, welche durch Quasikausalismus mit der Unterlassung verbunden sind; eine Frage, die ja auch für die zivilrechtliche Entschädigungspflicht von ausschlaggebender Bedeutung ist. Sodann erhebt sich die Frage, inwiefern der Helfer für seine Mühen Ersatz und Vergütung beanspruchen kann. Auch das interessante Problem der Folgen, welche aus der Verhinderung der Menschenhilfe hervorgehen, wird besprochen. Ich kann noch verweisen auf meine Abhandlung „Ein Fall der Menschenhilfe im Privatrecht", Arch. f. bürg. R. 36, S. 1 f., wo weiteres Material angeführt und namentlich auch der Fall des deutschen Automobilgesetzes näher besprochen ist.

Heinrich B. Gerland, Die Einwirkung des Richters auf die Rechtsentwicklung in England. Verlag Walther Rothschild, Berlin und Leipzig, 1910.

Dieses Buch ist abzulehnen. Wer auch nur eine Seite des englischen Privatrechts in seinem großartigen Aufbau erkannt hat, wie z. B. das Erfinderrecht, das Markenrecht, den Wettbewerbschutz, das Aktienkonkursrecht oder die folgenschwere Lehre vom Irrtum in den Vertragsverhältnissen, der muß staunen über die Tiefe, die Feinheit und den gesunden Takt der englischen Richter, über ihren Fortschrittsgeist und zu gleicher Zeit über ihren echt konservativen Sinn, der das Gute zu erhalten sucht, um die Grundlage für das Neue nicht zu verlieren. Wenn man damit die Entscheidungen deutscher Gerichte vergleicht, so gewinnt man den Eindruck des Unterschieds zwischen dem Weltmann auf der einen Seite und dem in den Pfählen seiner Gesetzesparagraphen eingehegten Richter Deutschlands. Daß es auch in Deutschland tüchtige, ja geniale Richter gegeben hat, wie Bähr und Bolze, wird niemand leugnen; aber sie konnten ihre Individualität niemals so zum Ausdruck bringen wie der englische Richter, und Gestalten wie Lord Mansfield und Lord Ellenborough sind nur in der englischen Jurisprudenz denkbar.

Fridolin Eisele, Studien zur römischen Rechtsgeschichte. Verlag J. C. B. Mohr, Tübingen, 1912.

Unter den hier enthaltenen Studien sind besonders die Ausführungen über das Nexum von Interesse. Daß das Nexum ein exekutives Geschäft war, scheint mir unzweifelhaft und wird schon durch die Rechtsvergleichung so sehr gestützt, daß die von dem Verfasser gegebenen Einzelnachweise nur eine sekundäre Bedeutung haben, wenn auch seine Untersuchungen interessant und lehrreich sind.

Heinrich Himstedt, Die neuen Rechtsgedanken im Zeugenbeweis des oberitalienischen Stadtrechtsprozesses des 13. und 14. Jahrhunderts. Verlag Walther Rothschild, Berlin-Leipzig, 1910.

Der Verfasser sucht darzulegen, wie der zunächst sehr formale Zeugenbeweis des germanischen Rechts, in welchem die Zeugen als eine Art von Eideshelfer der Parteien auftraten, sich nicht plötzlich, sondern allmählich zum materiellen Beweis des römischen Rechts gestaltete, welcher im Gegensatz hierzu die Bestimmung hatte, das Material für die freie Tatsachenwürdigung zu bieten. Er spricht dabei eingehend von dem Positionalverfahren, wie es in seiner Ausführlichkeit

namentlich durch Roffredus befestigt worden ist, und von den Beweisartikeln. Benutzt sind außer der Literatur einige Statuten und einiges aus der Praxis. Das Material wäre noch bedeutend zu erweitern. Prozeßverhandlungen aus Bologna werde ich demnächst veröffentlichen.

Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts. Verlag J. C. B. Mohr, Tübingen, 1911.

Das Verwaltungsrecht ist gegenwärtig eine der interessantesten Materien des Rechts, denn wir sind hier größtenteils noch im Aufbau begriffen, und eine Menge von Fragen harrt des letzten Schlusses. Die Institutionen des Verfassers sind förderlich und bieten eine Fülle von Material; allerdings wäre vielfach eine schärfere Verarbeitung und Konstruktion wünschenswert. So was die sogenannten subjektiv-öffentlichen Rechte betrifft: sie können nur konstruiert werden, wenn man dabei von dem Persönlichkeitsrecht ausgeht, das teils das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist, teils ein durch gewisse Begebnisse gesteigertes Personalrecht. Nur so kann man auf der einen Seite die Freiheitsrechte, auf der anderen Seite das Recht des Adels und das Recht des Staatsbeamten auf seine Funktionen charakterisieren. Die Forderung auf den Beamtengehalt aber ist schuldrechtlicher Art, und was den angeblichen Anspruch auf Erteilung des Patentschutzes betrifft, so verhält es sich damit wie mit dem allgemeinen Rechtsschutzanspruch: was Anspruch genannt wird, ist eben das allgemeine Recht der Persönlichkeit; denn der Staat, der den Einzelnen zu schützen hat, hat auch seine Staatstätigkeit in solcher Weise einzurichten, daß diejenigen Staatswirkungen eintreten, welche jeder Einzelperson zukommen. Die Aufzählung auf S. 150 ist daher juristisch unhaltbar. Aber auch was über die Rechtskraft im Verwaltungsrechtsverfahren gesagt ist, entbehrt der nötigen Schärfe. Die Lehre, daß die Wirkung der materiellen Rechtskraft nur eine prozessuale sei, so daß der Rechtszustand derselbe bliebe wie er war und nur etwa die Gerichte genötigt wären, in alle Zukunft hinaus, auch wenn sie anderer Ueberzeugung sind, nach dieser Seite hin zu urteilen, ist gerade im Verwaltungsrecht völlig unhaltbar. Sicher haben nicht bloß die Gerichte, sondern auch die Verwaltungsbehörden, und überhaupt alle, welche mit einer Sache zu tun haben, ja, auch die Privaten sich nach dieser Entscheidung zu

richten: sie haben sich auf den Stand zu setzen, daß zwischen den streitenden Teilen nunmehr das Rechtsverhältnis besteht, wie es im Urteil bestimmt ist. Und wenn bei Zustandsverhältnissen die nachträgliche Aenderung der Umstände in Betracht kommen kann, so ist dies nicht eine Abschwächung der Rechtskraft, sondern eine natürliche Folge der Rechtskraftprinzipien: es gilt in gleicher Weise im Zivilrecht wie im Verwaltungsrecht. Bezieht sich aber die Entscheidung bloß auf einen einzelnen gegebenen Fall, z. B. im Zivilrecht auf eine einzelne unerlaubte Handlung, im Verwaltungsrecht auf eine individuelle Polizeianordnung, so ist es vollkommen den Grundsätzen der Rechtsordnung entsprechend, daß die Entscheidung auch nur diesen speziellen Fall beherrscht.

Ebenso entbehren auch die Bestimmungen über die öffentlichrechtliche Entschädigung der nötigen Schärfe: die Entschädigungspflicht für ein entzogenes Privatgut ist sicher keine öffentlich-rechtliche, sondern eine privatrechtliche Pflicht, nicht deswegen, weil die Enteignung ein privates Rechtsgeschäft wäre, — das wäre grundirrig — sondern deshalb, weil durch den öffentlichen Akt der Enteignung an Stelle des Privatrechtes an der Sache das Privatrecht auf Entschädigung tritt; denn nach allen Grundsätzen des Rechtes hat das Ersatzobjekt dieselbe Natur wie dasjenige, dessen Stelle es einnimmt.

Auch in der Lehre von der Verwaltungsrechtspflege wäre eine Reihe fruchtbarer konstruktiver Ergebnisse zu erzielen, wenn man mehr den Zivilprozeß und seine Grundgedanken heranzöge. Ich kann in dieser Beziehung auf meine Einführung in die Rechtswissenschaft (jetzt 4. Aufl. S. 195) verweisen, deren Darstellung dem Verfasser unbekannt geblieben zu sein scheint.

Es wäre sehr zu wünschen, daß die Schärfe des Zivilrechts, welche seinerzeit Laband auf das Staatsrecht übertragen hat, auch auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts ihren Platz fände, und daß insbesondere auch die vom Zivilrecht herrührenden Begriffe wie z. B. der Begriff des Anspruchs richtig angewendet und von ihnen nicht, wie hier und in Jellineks Schriften, ein unrichtiger Gebrauch gemacht würde.

Joseph Unger, Kritische und legislative Erörterungen über Gewährleistung. Verlag Alfred Hölder, Wien, 1912.

Der Aufsatz ist faßlich geschrieben, bietet aber durchaus nicht neue Ideen, wie wir sie von dem Verfasser erwartet hätten. Was

er vorbringt, wie z. B. über den Unterschied zwischen der römischen Eviktionslehre und dem heutigen Recht, wonach der Verkäufer nicht nur für Eviktion haftet, sondern auch für Eigentumsübertragung einstehen muß, ist längst gang und gäbe geworden, und es wäre wohl an der Zeit gewesen, auch des Code civil zu gedenken, der zuerst diese Lehre gesetzgeberisch gefaßt hat, und aller derjenigen Moralisten, welche den geradezu ungeheuerlichen Satz des römischen Rechts bekämpften, wie ich dies in meinen Studien zum BGB. II, S. 62 dargelegt habe. Schon Rolandinus kennt die Klausel, daß der Verkäufer Ersatz leisten müsse tam si res evicta quam non (I. c. 1). Anderseits wundert man sich, daß der Verfasser den § 433 BGB. deswegen tadelt, weil er die Uebergabe der Sache und die Eigentumsverschaffung als zwei Betätigungen auseinander legt. Da zeigt sich wieder der unverbesserliche Romanist, wenn Unger geltend macht, mit der Uebergabe der Sache cum animo dominium transferendi vollziehe sich die Eigentumsverschaffung von selbst. Ich frage: gilt dies auch im Grundbuchrecht? Gilt dies auch dann, wenn das Eigentum nicht durch Besitzübergabe, sondern nach § 931 BGB. durch bloßen Vertrag erworben worden ist? Hier ist es von der größten Bedeutung, daß der Verkäufer nicht nur für die Eigentumsübertragung, sondern auch für die Besitzübergabe haftet.

Prof. Manes, Dr. Mentzel, Dr. Schulz, Die Reichsversicherungsordnung, Handausgabe mit gemeinverständlichen Erläuterungen. Verlag G. J. Göschen, Leipzig.

Lehrreich und schätzenswert.

Franz Heiner, Der kirchliche Strafprozeß und Der kirchliche Zivilprozeß. Verlag J. P. Bachem, Köln, 1911.

Eine faßliche, den neuen kanonischen Regeln entnommene Darstellung.

Catalogus Dissertationum Philologicarum Classicarum. Klassische Philologie und Altertumskunde. Verlag Gustav Fock, G. m. b. H., Leipzig.

Diese Zusammenstellung von 27400 Abhandlungen ist für den Altertumsforscher unentbehrlich und bedarf in ihrer einzigartigen Gründlichkeit keiner weiteren Empfehlung.

L. Mitteis und U. Wilcken, Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde. Verlag B. G. Teubner, Leipzig. II. Band: Juristischer Teil 1 u. 2 von Mitteis.

Die ungeheuer reichhaltige und vielverzettelte Literatur über die Papyrusforschung macht es demjenigen, der die Resultate dieser Studien in sich aufnehmen und für seine Zwecke verwenden will, schwer, dem Fortgang der Erkenntnis zu folgen. Daher ist das Werk von Mitteis, welches in einem Teil eine Chrestomathie wichtiger Papyrusurkunden und in einem anderen die Darstellung der Grundzüge des Papyrusrechtes enthält, sehr freudig zu begrüßen; um so mehr, als die Wissenschaft hier in ständigem Fortschritt begriffen ist. Wie ich jüngst in Aegypten erfuhr, ist wieder eine große Reihe von Papyrusstücken entdeckt worden. Da ist es absolut notwendig, einmal eine feste Basis zu haben, auf die man weiter bauen kann.

Allerdings wird niemand die Grundzüge ohne eine gewisse Enttäuschung beiseite legen; denn das juristische Ergebnis ist der unsäglichen Mühe kaum entsprechend. In den wichtigsten Fragen müssen wir von Mitteis hören, daß wir noch im unklaren sind und die Mittel der Erkenntnis uns gebrechen; gewiß haben uns die Steinfunde des griechischen Rechtes bedeutend größere Belehrung geboten. Aber was nicht ist, wird noch werden.

Zu wünschen ist besonders, daß uns neben Vertragsurkunden möglichst viele Gesetze und Verordnungen zugängig werden, auch vollständige Prozeßakten, aus denen die Gedanken des Rechtes besser zu entnehmen sind, als aus den oft schablonenmäßig gebildeten Vertragsurkunden. In dieser Beziehung ist beispielsweise der Liller Papyrus von grundsätzlicher Bedeutung gewesen; und wenn wirklich der Hallenser Papyrus, dessen Herausgabe wir mit großer Sehnsucht entgegensehen, eine Reihe von Verordnungen über Zivil- und Prozeßrecht enthält, dann wird unsere Erkenntnis um ein gutes Stück gefördert werden!

Allerdings was die Formalien betrifft, liegt uns die Sache ziemlich klar vor Augen; wir kennen vor allem die Gestalt der Urkunden: aber sie ist von geringerer Bedeutung, als nach den ausführlichen Erörterungen erscheinen möchte; auch die äußerliche Technik des Grundbuchwesens wird uns so genau geschildert, daß wir heutzutage eine βιβλιοθήκη ἐκτήσεων anlegen und uns danach benehmen

könnten. Wir hören, daß zuerst der Uebereignungsvertrag angemeldet wurde, προσαγγελία, daß daraufhin der Grundbuchbeamte, wenn er die Sache für unbedenklich hielt, ein ἐπίσταλμα gab; darauf folgte sodann das Gesuch um Eintragung unter Vorlegung der Urkunde und unter ausdrücklicher Uebernahme der öffentlichen Lasten, die ἀπογραφή, und endlich die Eintragung selber, die παράθεσις. Wir hören sodann, daß die Grundbücher nach Personalfolien angelegt waren, indem immer die Urkunden eines Eigentümers in ein Bündel vereinigt wurden, jedoch mit Uebersichtsblättern, διαστρώματα, damit man sich leicht orientieren konnte; ebenso wie bei uns im Mittelalter, wo man gleichfalls den Ingrossationsbüchern Register beifügte.

Was nun aber die juristische Bedeutung der Eintragung betrifft, ob erst hierdurch das Eigentum übergeht, und ob der gute Glaube des Grundbuches gilt, so daß der Erwerber Eigentümer wird, wenn die bisherigen Grundbucheinträge für sein Eigentum sprechen, — diese Fragen, die wichtigsten von allen, bleiben im Dunkel.

Allerdings werden wir in der Erkenntnis der damaligen Exekutivurkunde gefördert: diese führte nicht zur sofortigen Vollstreckung, vielmehr mußte der Magistrat zuerst ein Zahlungsgebot erlassen, ein διαστολικόν, gegen welches dem Schuldner gewisse Einwendungen in einer ἀντίῤῥησις gestattet waren. Man hat diese Einrichtung mit unserem Mahnverfahren zusammengestellt; ganz unzutreffend: auch im germanischen Recht hat sich die Exekutivurkunde häufig in der Art entwickelt, daß dem Beklagten zuerst ein Zahlungsgebot zukam und man ihm gestattete, wenigstens gewisse bestimmte Einwendungen entgegenzuhalten. Man denke nur an das Verfahren in den Etablissements de Louis Saint (Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß S. 500) und an das Verfahren im Florentiner Stadtrecht 1 ½ Jahrhundert später. Welche Einwendungen in der ἀντίῤῥησις gestattet waren, und welche Beschränkungen galten, darüber sind wir allerdings wieder im unsicheren.

Im Pfandrecht erscheint der Unterschied zwischen Hypothek und Hypallagma: auch hier treten uns bei Mitteis ungelöste Fragen entgegen; doch glaube ich, daß mit Hilfe des vergleichenden Rechtes in das Dunkel hineingeleuchtet werden kann. Die Hypothek gibt ein sofortiges dingliches Recht, welches zum schließ-

lichen Eigentumserwerb führt mit Hilfe der ἐπικαταβολή, von der es allerdings noch ungewiß ist, ob sie bloß eine einfache Zuweisung war, oder ob dabei eine Schätzung und Herausgabe des Ueberwertes stattfand. Im Gegensatz dazu handelt es sich bei dem Hypallagma, ähnlich wie bei der langobardischen Vadiaverpflichtung, um eine ledigliche Exekutivurkunde, die allerdings dadurch ausgezeichnet war, daß sie dem Schuldner in bezug auf gewisse Güter ein Veräußerungsverbot auferlegte; vergleiche damit auch meine Bemerkungen in der Festschrift für Gierke II, S. 280. Hierüber hat neulich Schwarz in lehrreicher Weise gehandelt.

Beim Kauf finden wir den offenbaren Einfluß des ägyptischen Rechts mit seiner bekannten Zweiung, einmal die eigentliche Austauschurkunde, die πρᾶσις, und, im Gegensatz dazu, die συγγραφὴ ἀποστασίου, d. h. die Erklärung des Eigentumsüberganges in Verbindung mit der Garantie. Daß der Kaufvertrag ursprünglich nur als Barkauf galt und der Kreditkauf sich in mittelbarer Weise vollzog, indem der gezahlte Betrag als Darlehen zurückgegeben wurde, ist eine Erscheinung, die im Rechte der Völker immer und immer wiederkehrt.

Das eheliche Güterrecht zeigt vielfach einen Uebergang zur Gütergemeinschaft mit Gesamthand, indem der Mann nur unter Mitwirkung der Frau veräußern darf. Diese Gütergemeinschaft ist jedenfalls ein (zweifelhaftes) Geschenk des ägyptischen Rechtes.

Während im Erbrecht die Quellen mäßig fließen, so haben wir um so sicherere Ergebnisse, was die Zession und die Vollmacht betrifft. Ueber die Vollmacht hat bekanntlich Wenger vorzüglich gehandelt. Hier hat das ägyptische wie das babylonische Recht längst einen Standpunkt erklommen, der weit über dem römischen Rechte steht; vor allem ist die Vollmacht und Stellvertretung: σύστασις und ἐντολή, συστατικόν und ἐντολικόν ebenso modern entwickelt, wie bei den Babyloniern und Persern (Kohler und Ungnad, Hundert ausgewählte Rechtsurkunden S. 75). Die Römer im Orient haben sich wohl wenig mehr um die veralteten Beschränkungen des klassischen Rechtes gekümmert; vielfach suchte man auch durch merkwürdige Schleichmittel jene strengeren Bestimmungen zu umgehen, z. B. dadurch, daß man einen Sklaven als den Sklaven der Vertragspartei auftreten ließ oder auch nur als auftretend in die Urkunde hineinschrieb, und hierzu gab Justian die bekannte

souveräne Satzung, daß nicht nachgeforscht werden dürfe, ob denn der Sklave wirklich der Sklave der Partei sei oder nicht, c. 14 de contrah. stipul.!

Jedenfalls, von allem abgesehen, tritt die Bedeutung des griechischen Rechtes von neuem hervor, und wenn seine Beziehungen zum babylonisch-persischen und ägyptischen Rechte völlig klar gelegt worden sind, dann kommen wir der Entwicklung des modernen Rechtes näher. Es ist kein Zufall, daß Zessionen und Vollmachturkunden im Mittelalter gerade in denjenigen italienischen Städten auftreten, welche, wie Venedig, mit dem Orient in lebhaftem Verkehr standen.

Valerio Adolfo Cottino, L'usura. Verlag S. Lattes & Co., Turin (1908).

Reiches Material und verständige Bearbeitung.

Akos v. Timon, Ungarische Verfassung und Rechtsgeschichte, übersetzt von Felix Schiller, Verlag Puttkammer & Mühlbrecht, Berlin (1909).

Dieses allgemein anerkannte bedeutende Werk ist in zweiter Auflage erschienen: eine Uebersetzung nach der dritten ungarischen Ausgabe.

Erwin Ruck, Verwaltungsrechtliche Gesetze Württembergs, 1. Bd. Verlag J. C. B. Mohr, Tübingen (1911).

Die Württemberger Gemeindeordnung von 1906 ist eine bedeutungsvolle gesetzgeberische Arbeit, welche in der Darstellung des Gemeindewesens eingehend zu berücksichtigen ist. Hier sei auf die Bestimmungen über Eingemeindung und ihre Wirkung auf das Schuldwesen (a. 6) und über die Verwaltung der örtlichen Stiftungen (a. 151 f.) hingewiesen.

Berichtigung.

In Band XXVI, Seite 439, Zeile 7 von unten muß es anstatt „... oder er muß seine Wahl ...“ heißen: „... **er muß aber seine Wahl** ...“.

XIV.

Die Grundsätze der Stellvertretung bei den Scholastikern.

Von

Gerichtsassessor Dr. **Richard Fränkel**, Neukölln.

I.

Die Stellvertretungslehre der mittelalterlichen Juristen hat bereits v. Buchka in ihren Grundlinien dargestellt [1]). Man wird fragen, wozu wir uns von neuem mit ihr zu beschäftigen brauchen, da uns doch heute jene Zeit so ferne liegt. Mir will es aus doppeltem Grunde dienlich erscheinen. Das Urteil über die mittelalterlichen Juristen sowohl als die Behandlung der Stellvertretung hat sich seit Buchka von Grund aus geändert. Wir sehen in den Glossatoren wie in den französischen und italienischen Postglossatoren nicht mehr bloß die Bearbeiter des römischen Rechts, sondern vor allem die Begründer unserer heutigen rechtswissenschaftlichen Methode, daneben auch die Bildner vieler moderner Rechtsgedanken. In unseren Tagen ist freilich eine gewisse Reaktion gegen diese Methode eingetreten und der Kampf gegen die Scholastik im Recht ist das Losungswort moderner Juristen. Wer sich aber mit den wahren Scholastikern beschäftigt, wird erkennen, daß diese Angriffe sie nicht treffen. Die Richtung, die die Scholastiker der Rechtsentwicklung gaben, war eine geschicht-

---

[1]) Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, 1852 S. 121 ff., 214 ff.

liche Notwendigkeit, ihre Methode wird in absehbarer Zeit lebendig bleiben, wenn sie auch der Ergänzung bedarf; die Auswüchse aber, die in beiderlei Hinsicht zutage getreten sind, sind nicht ihnen zur Last zu legen[2]). Gerade an ihrer Behandlung der Stellvertretung kann sich, wie mir scheinen will, ihr Wesen und ihre Bedeutung für unsere Zeit enthüllen. Denn bei der Stellvertretung stehen wir noch heute inmitten aller Problematik. Die herrschenden Lehren der Stellvertretung, die auch in unsere Gesetze eingeflossen sind, haben viel Anfechtung erfahren. Schloßmann hat ihre Grundbegriffe zerpflückt[3]); Müller-Erzbach hat sich insbesondere gegen ihre scharfe Sonderung der mittelbaren von der unmittelbaren Stellvertretung gewendet[4]). Die Vorschläge beider haben nicht viel Beachtung gefunden, an ihrer Kritik konnte man nicht vorübergehen. Es dürfte nicht reizlos sein, dem heutigen Meinungsstreite die Behandlungsart der mittelalterlichen Juristen gegenüberzustellen.

Das deutsche Stellvertretungsrecht ist in der Reaktion gegen das römische Recht entstanden. Im Mittelpunkt der gemeinrechtlichen Erörterungen stand die Frage, ob der Vertreter durch sein Handeln den Herrn unmittelbar und ausschließlich berechtigen und verpflichten kann. Diese Fragestellung war eine Einseitigkeit, da sie sich vor dem Gestaltenreichtum der Stellvertretung verschloß. Sie hatte zur Folge, daß sich das deutsche Stellvertretungsrecht zwar durch feste Begriffe und theoretisch eindeutige Rechtssätze auszeichnet, an Lebendigkeit und Schmiegsamkeit aber den außerdeutschen Rechten in vielen Punkten nachsteht[5]). Was stellvertretendes

---

[2]) Vgl. hierzu Fränkel, Deutsche Richterzeitung 1911 S. 54 f.; 1912, S. 110.

[3]) Die Lehre von der Stellvertretung insbesondere bei obligatorischen Verträgen, I 1900; II 1902.

[4]) Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt. 1905.

[5]) Vgl. dazu auch Wüstendörfer, Der Handlungsagent als deutscher und ausländischer Rechtstypus. Bd. 58 S. 121 ff. der Zeitschrift für Handelsrecht.

Handeln ist und woran man es erkennt, das sollte die Kernfrage der Stellvertretungslehre sein. Seine Wirkung ist zwar von praktisch hervorragender Bedeutung, steht aber logisch und erkenntnistheoretisch erst an zweiter Stelle.

Geht man von dieser Anschauungsweise aus, so ergibt der geschichtliche Rückblick, daß die Stellvertretung ökonomisch zwar erst auf einer gewissen Höhe wirtschaftlicher Kultur zum Bedürfnisse wird und im Recht erscheint, historisch aber so weit zurückzuverfolgen ist, als überhaupt Urkunden vorhanden sind.

In Babylon treffen wir sie im Verein mit zahlreichen ähnlichen Rechtsformen von den Zeiten der ersten Dynastie bis hinab auf die Zeit der Perserherrschaft. Der Vertreter schließt Kauf[6]), Pacht[7]), Darlehen[8]), personen- und güterrechtlichen Ehevertrag[9]), erwirbt Besitz und Eigentum[10]), führt auch den Prozeß[11]). Nach dem Brauche der Zeit sind die

---

[6]) Vgl. Peiser, Texte juristischen und geschäftlichen Inhalts. Keilinschriftliche Bibliothek. Bd. IV. Berlin 1896, S. 217 u. IX aus der Zeit des Nabonides (555—538).

[7]) Vgl. Schorr, Altbabylonische Rechtsurkunden aus der Zeit der ersten babylonischen Dynastie. Sitzungsberichte der philos.-historischen Klasse der Kaiserlichen Akademie der Wissenschaften in Wien, 1908. Bd. 150 n. 63, 65, 68; Meißner, Beiträge zum altbabylonischen Privatrecht. Leipzig 1893. n. 74. Sämtlich aus der Regierungszeit des Ammizaduga (um 2060).

[8]) Vgl. Schorr a. a. O. n. 58 (Regierungszeit des Ammiditana, um 2085); Peiser a. a. O. S. 35 n. I. (ebenso).

[9]) Vgl. Schorr a. a. O. n. 59 (Regierungszeit des Ammiditana).

[10]) Vgl. das von Peiser in den Sitzungsberichten der Akademie der Wissenschaften in Berlin 1889, S. 824 herausgegebene Gesetzesfragment (Regierungszeit des Ashurbanipal, 668—626). Vgl. dazu Johns, Babylonian and Assyrian Laws, Contracts and Letters. Edinburgh 1904, S. 69.

[11]) Vgl. Schorr a. a. O. n. 38 (Regierungszeit des Hammurabi, um 2200); Kohler und Ungnad, Hammurabis Gesetz. III. 1909. S. 250, 257.

Urkunden durchweg objektiv stilisiert[12]). Der Vertreter handelt ana-gabi, in neubabylonischer Zeit ina na — as parti (auf Befehl, in Vollmacht) des Vertretenen. Rechte und Pflichten erwirbt der Vertretene. Fehlt die Vollmacht oder bleibt die Genehmigung aus, so haftet anscheinend der Vertreter der Gegenpartei[13]). Neben dieser unmittelbaren Stellvertretung[14])[15]) bildet insbesondere des Handelsverkehr zahlreiche Rechtsformen aus, durch die die mittelbare Stellvertretung hindurchscheint. So behandelt das Gesetzbuch des Hammurabi in den §§ 100 ff. eingehend Erscheinungsformen des Kommandit- und Kommissionsgeschäfts[16]). Ferner sei aus der großen Fülle des Materials noch auf die bekannten Briefe der Könige der ersten Dynastie, von Hammurabi bis auf Ammizaduga hingewiesen[17]), aus denen wir ein anschauliches Bild davon gewinnen, wie private Kaufleute die Wolle von den Schafherden der Könige auf Grund kreditweiser Ueberlassung verkaufen[18])[19]).

---

[12]) In der in Note 6 genannten Urkunde untersiegelt der Vertreter die Verkaufsurkunde mit seinem Namen.

[13]) So wohl n. 58 bei Schorr und das Gesetzesfragment. In n. 38 bei Schorr sind die Prozeßvertreter dem Gegner dafür verantwortlich, wenn ihr Herr den Streitgegenstand trotz seiner Befriedigung noch einmal einklagt.

[14]) Ihre Verwendung in n. 65 bei Schorr weist auf ihre hohe technische Durchbildung hin. Rîš-Marduk ist Eigentümer eines Aehrenfeldes. Er will es zusammen mit Abdu-Ištara in der Weise bebauen, daß sie die Kosten und den Gewinn teilen. Zu diesem Zweck erteilt er Atanaḫ-ilǐ Vollmacht und dieser schließt als Vertreter des Verpächters mit ihm und Abdu-Ištara den Pachtvertrag.

[15]) Weitere Belege bei Johns S. 292 f.

[16]) Vgl. Johns S. 281 f.; Kohler und Ungnad, Hammurabis Gesetz I, 1904, S. 116.

[17]) Im Britischen Museum zu London. Vgl. dazu Schorr zu n. 54; n. 61, 62, 67.

[18]) Eine Parallele zu den stillen Beteiligungen der norwegischen Könige des 10.—13. Jahrhunderts. Vgl. hierüber K. Lehmann, Altnordische und hanseatische Handelsgesellschaften in der Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. 62, S. 299 ff.

Auch das jüdische Recht ließ unmittelbare Stellvertretung beim Abschluß und bei der Erfüllung von Verträgen zu. Wenigstens gilt das für den Talmud, der sich hierfür auf das mosaische Recht stützt (Eben Haëser 35, 6; 36, 1; Choschan Mischpat 121, 2)[20]. In seiner intellektuellen Tendenz versuchte sich der Talmud schon in Konstruktionen, indem er aussprach, daß der Stellvertreter gleichsam der Vertretene selbst sei[21]. Im Prozeß hingegen verlangte man das persönliche Erscheinen der Parteien[22]. War es nicht möglich oder nicht erwünscht, so behalf man sich bei Schtarobligationen durch fiduziarische Uebertragung der Forderung, in anderen Fällen durch Uebertragung des Forderungsgegenstandes (Harschaah)[23].

Das griechische Recht kannte die Stellvertretung in allen ihren Formen[24].

Von dem deutschen Rechte wird zwar noch gelehrt, daß es bis ins 13. Jahrhundert hinein weder die gerichtliche noch die außergerichtliche Stellvertretung gekannt hat[25]. In dieser Allgemeinheit trifft das aber kaum zu. In früheren Zeiten fehlte es an einem rechten Vertragsrecht, an dem sich die Stellvertretung entfalten konnte[26]. Sie verbarg sich hinter

---

[19]) Weiteres über die Stellvertretung im babylonischen Recht siehe bei Kohler und Ungnad, Hundert ausgewählte Rechtsurkunden aus der Zeit des babylonischen Schrifttums von Xerxes bis Mithridates. Leipzig 1911, S. 75.

[20]) Vgl. Fassel, Das mosaisch-rabbinische Zivilrecht II, 1854, S. 100 ff. [Kohler, in dieser Zeitschr. XX, S. 177. — Kohler].

[21]) Vgl. Auerbach, Das jüdische Obligationenrecht I, 1890, S. 564 f.

[22]) Vgl. Fassel a. a. O.; Saalschütz, Das mosaische Recht, 2. Aufl., S. 594, 527 u. 762.

[23]) Vgl. Auerbach S. 567 ff.

[24]) Vgl. Wenger, Die Stellvertretung im Rechte der Papyri, 1906. S. 172, 207 f., 218 f.; Mitteis, Römisches Privatrecht I. 1908. S. 214 n. 36.

[25]) Vgl. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts I. S. 203 ff.; Brunner, Das französische Inhaberpapier 1879. S. 13 f.

[26]) Vgl. Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts. 1908. S. 447 f.

Rechtsformen, die zwar ihrem Wesen nach andern Zwecken dienten, aber auch dem Bedürfnis nach Stellvertretung gerecht werden konnten. Dahin gehören, wie Gierke betont hat, die genossenschaftlichen und herrschaftlichen Bindungen, die mannigfaltige Vertretungsverhältnisse in sich schlossen[27]). Dahin gehört die Treuhand, die in den germanischen Rechten vielleicht zu größerer Bedeutung gelangte als anderwärts. Dahin gehört weiter der nuntius oder missus, der bei der Besitzübertragung und Schulderfüllung mitwirkte[28]). Endlich die Legitimation durch Urkunden mit der Exaktions- und Inhaberklausel[29]). Alle diese Rechtserscheinungen finden wir zwar auch in andern antiken Rechten. Aber sie spielten in den germanischen Rechten wohl eine größere Rolle, eben weil sie vielleicht die reine Stellvertretung ersetzten. Nicht unmöglich, daß diese in England aus dem römischen Recht durch die geistlichen Gerichte eingeführt worden ist[30]). Noch heute ist sie in England von geringerer Bedeutung, da das vielgegestaltige trust an ihrer Stelle steht[31]). Auch in Deutschland begegnet die Stellvertretung wohl zuerst in den römischrechtlich gefärbten Formularen. Die fränkischen Formelsammlungen enthalten Formulare, die in ihrer Struktur ganz auf die römischen Vollmachtsurkunden hinweisen, z. B. haben sie

[27]) Gierke, Deutsches Privatrecht I. 1895. S. 296 f.

[28]) Vgl. Brunner, Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechts 1894. S. 535 f.

[29]) Brunner a. a. O., S. 524 f.; Freundt, Wertpapiere im antiken und frühmittelalterlichen Rechte II. 1910. S. 38 f.

[30]) Vgl. Pollock and Maitland, History of English law before the time of Edward I., Sec. Edit. II, p. 228 sq. Beachtlich in dieser Richtung ist, daß Johannes Bononiensis seine 1281 aus der Praxis der italienischen Notare heraus geschriebene Summa notarie, in der er auch die Stellvertretung eingehend behandelte, dem Erzbischof von Canterbury gewidmet hat. Vgl. Bethmann-Hollweg, Der Zivilprozeß des gemeinen Rechts VI. 1874. S. 188 ff.

[31]) Vgl. E. Heymann, Geschäftsanwälte und Treuhandgesellschaften, in der Festgabe für Güterbock, 1910. S. 563 f.

durchweg die Ratihabitionsklausel des römischen Mandats[32]). Wie die Stellvertretung im Frankenreiche im einzelnen gehandhabt wurde, können wir aus den Formeln nicht erschließen. Es liegt aber kein Grund zu der Annahme vor, daß man nur die sogenannte mittelbare Stellvertretung anerkannt habe. Wie mir scheinen will, ist Freundt der Nachweis gelungen, daß die Langobarden wenigstens seit dem 8. Jahrhundert beim Abschluß von Verträgen die unmittelbare Stellvertretung zuließen[33]).

Auch dem römischen Recht war die Stellvertretung nicht fremd. Die mittelbare Stellvertretung wurde im Verlauf der Rechtsentwicklung auf fast allen Gebieten zugelassen. Im öffentlichen Recht war auch unmittelbare Stellvertretung möglich und auch im Privatrechte war sie schließlich eigentlich nur für den kleinen, wenn auch inhaltlich hervorragenden Kreis der Begründung und Formaltilgung der Obligationen grundsätzlich ausgeschlossen[34]). Man hat versucht, diese Erscheinung durch zahlreiche Hypothesen zu erklären[35]). Jedenfalls stehen einander die bedeutsamen Tatsachen gegenüber, daß die Römer einerseits gerade im Obligationenrecht ihre Rechtskunst zur höchsten Blüte getrieben und die besten Rechtsbegriffe und Rechtssätze geprägt haben, daß sie ander-

---

[32]) So z. B. Formulae Andecavenses n. 48; Form. Arvernenses n. 2 Form. Marculfi II, n. 31; Form. Turonenses n. 220; Form. Bituricenses n. 3; Form. Senonicae n. 13. Sämtlich in Monum. German. L. L. sect. V. Vgl. dazu B. G. U. 1, 300; D. 17, 1, 60, 4.

[33]) Wertpapiere II, S. 121 ff. Daß im langobardischen Prozeß Gemeinschaftsgenossen für einander auftreten konnten, ist, wie anscheinend Freundt S. 126 meint, keine Eigentümlichkeit des langobardischen Rechts. Auch in Rom konnten nahe Angehörige ohne Vollmacht klagen. Vgl. Lenel, Das Edictum perpetuum 1907. 2. Aufl., S. 94 f.

[34]) Vgl. Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß 1908. S. 320, 365, 384.

[35]) Vgl. Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht 1885. S. 18 ff., 69 f.; Privatrecht I S. 204 n. 1; Schloßmann II, S. 164 f.

seits gerade aus dem Wesen der Obligation die Unmöglichkeit direkter Stellvertretung hergeleitet haben. Schon das römische Volk fühlte sich durch diese Schranke beengt. Man suchte die unmittelbare Stellvertretung nicht nur auf Umwegen hereinzulassen, die Idee ihrer Unzulässigkeit war dem Volke überhaupt schon innerlich fremd geworden. Die Quellen geben uns ein anschauliches Bild davon, wie das Rechtsbewußtsein und das Verkehrsbedürfnis auf ihre Anerkennung hindrängten, aber von der starren Doktrin der kaiserlichen Gerichtsbarkeit zurückgewiesen wurden[36]).

Im Mittelalter fiel die Schranke. Wie ein Protest gegen den römischen Satz alteri stipulari nemo potest geht es durch die Statuten der italienischen Städte. So bestimmt Florenz: Ex quolibet actu etiam sine scriptura facto per quemlibet privatum, etiam non notarium, recipientem nomine alterius ubicumque locorum, etiam extra locum non suppositum communi Florentiae, acquiratur et acquisita intelligatur obligatio, actio, dominium et possessio et usucapiendi et praescribendi conditio et ius quodlibet etiam sine cessione inde fienda seu ratihabitione cuilibet etiam ignoranti, cuius nomine receptum fuerit, cui tamen iuri quaesito vel quaerendo ex praedictis renuntiari possit . . .[37]). Aehnlich lauten die Statuten oder Gewohnheiten von Pisa[38]), Bergamo[39]), Perugia[40]), Bologna[41]), Como,

[36]) Vgl. Wenger a. a. O., passim.; Mitteis, Kritik seiner Schrift in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Rom. Abt. 28, S. 482 f.; Kübler, Griechische Tatbestände in den Werken der kasuistischen Literatur, ebenda, 29, S. 221; Solazzi, Errore e rappresentanza in Rivista Italiana per le Science giuridiche. Vol. 50. p. 230, 244 sq., 251 sq. Vgl. insbesondere Solazzi über den Standpunkt der Basiliken.

[37]) Statuta Populi et Communis Florentiae. Friburgi 1778, II, Rub. 39.

[38]) Constitutum usus XI bei Bonaini, Statuti inediti di Pisa, II, p. 856.

[39]) Vgl. Albericus de Rosate, Commentarius super Codice (Lugduni 1534) IV, 27, 1 n. 3.

[40]) Vgl. Baldus circa materiam statutorum (Venetiis 1496) sub

Brescia, Castellarquarto[42]) und vieler anderer Städte[43])[44]). Auch die Urkunden und Formulare weisen auf die unmittelbare Stellvertretung hin. In den Vollmachtsurkunden verspricht der Vollmachtgeber dem beurkundenden Notar, die Handlung des Vertreters dem Dritten gegenüber zu genehmigen, und in den Stellvertretungsurkunden verspricht der Vertreter dem Dritten, für die Genehmigung seines Herrn zu sorgen[45]).

---

verbo actio. Die Behauptung Freundts, Das Wechselrecht der Postglossatoren. II. 1900. S. 81, im Hinblick auf Baldus ad C. (nicht D.) 5, 12, 26 (in dem Traktat über die Statuten wörtlich wiederholt), daß die Postglossatoren gegen die Anerkennung des unmittelbaren Erwerbs durch den Dritten sich auch da ablehnend verhalten hätten, wo sie ihnen als positive Satzung entgegen getreten sei, ist nicht ganz zutreffend. Baldus sagt: Statutum civitatis Perusii permittit recta via agi sine cessione per eum, cuius nomine recepta est obligatio. Certe valet, licet secus sit de rigore iuris civilis ... Vgl. auch Baldus, Consilia (Francofurti ad Moenam 1589). II. c. 10.

41) Vgl. Alexander Tartagnus Consilia IV, 63 (zitiert bei Freundt, Wechselrecht, II, S. 81 n. 1.)

42) Bei Kohler in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaften, 6. Aufl., 1904, I, S. 598 n. 1.

43) Die Entwicklung der Stellvertretung im italienischen Statutar- und Gewohnheitsrecht verlangt bei ihrer Vielgestaltigkeit eine besondere Darstellung; hier kann sie nur gelegentlich berührt werden. Die genannten Statuten treffen neben der Stellvertretung auch den Vertrag zugunsten Dritter. Die Theorie hat beide Rechtsformen eigentlich erst seit Savigny klar unterschieden. In der Praxis ist die Abgrenzung, insbesondere bei der vollmachtlosen Stellvertretung, noch heute oft schwierig. Im Mittelalter, das die Stellvertretung mit und ohne Vollmacht meist durcheinander warf, waren die Grenzen noch ganz verwischt. Vgl. auch unten V. S. 351 f.

44) Seltsamerweise erkannte Beaumanoir in seinen Contumes de Beauvaisis (Edid. Salmon. Paris, I, 1899. II, 1900) nur die mittelbare Stellvertretung an. Vgl. XXIX n. 806. Zwar glaubt Glasson, Histoire du droit et des institutions de la France. Vol. VII (Paris 1896), p. 636 sq. aus I n. 54 auf die Zulassung auch der unmittelbaren Stellvertretung schließen zu dürfen. Dort ist aber nur davon die Rede, daß der Stellvertretungsakt bei Ueberschreitung der Vollmacht dem Herrn gegenüber unwirksam ist.

45) Vgl. Summa Notarie Belluni composita (Bibliotheca iuridica

Der Vollmachtgeber tritt also in ein Rechtsverhältnis zum Dritten[46]. Der Pflichtenerwerb durch den Vertreter wurde in den Statuten nicht so umfassend geregelt. Für die Haftbarmachung des Herrn reichten die adjektizischen Klagen aus. An der grundsätzlichen Haftbarkeit des Vertreters nahm man keinen Anstoß. Wo es das Bedürfnis erheischte, griff auch hier die Gesetzgebung ein. So hob Florenz im Jahre 1393 die Haftung des Handlungsgehilfen auf[47].

Der Strom der Entwicklung war somit schon im Mittelalter wiederhergestellt. Den Juristen jener Zeit lag es ob, das Strombett zu regulieren, die Stellvertretung zu gestalten und für das Leben brauchbar zu machen. Und sie taten es ganz im Geiste ihrer Zeit. Das römische Recht war das Feuer, an dem sich ihr begriffliches Erkenntnisstreben entzündet hat. Das römische Stellvertretungsrecht war der Widerstand, der sie dazu antrieb, in die Stellvertretungsprobleme einzudringen, wie das vor ihnen noch kein Zeitalter getan hatte. Die mittelalterlichen Juristen griffen nicht in voraussetzungsloser Wissenschaftlichkeit unmittelbar das Wesen der Dinge an, sondern sie schürften in den überlieferten römischen Sätzen nach dem noch brauchbaren und zugleich unvergänglichen Golde. Mit dem Golde haben sie manche Schlacke zutage gefördert. Die interessiert uns heute nicht mehr. Daher sollen hier nur die Grundsätze ihrer Stellvertretungslehre dargestellt werden, es soll versucht werden, die Wurzeln ihrer Ansichten bloßzu-

---

medii aevi III. Bononiae 1901), n. 32 (abgedruckt unten zu IV S. 327); Johannes Bononiensis, Summa notariae (Rockinger, Quellen zur bayrischen und deutschen Geschichte. IX 2. 1864) S. 611. — Rainerius, Ars notaria (Bibl. iur. med. aev. II. 1892) n. 50; Rolandinus, Summa artis notariae (Venetiis 1483) I. n. 9.

[46]) So v. Voltelini, Acta Tirolensia, II. Erster Teil der südtiroler Notariatsimbreviaturen des 13. Jahrhunderts. 1899. p. 110, 138; Rosenberg S. 406.

[47]) Vgl. Weber, Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter. 1889. S. 133.

legen, die v. Buchka noch nicht aufgedeckt hat[48]). Mit dieser sachlichen Beschränkung war eine andere geboten. Bei dem heutigen Stande unserer Quellen ist — auch unter Zuhilfenahme der Handschriften, das ist hier aber nicht geschehen — eine lückenlose Dogmengeschichte noch unmöglich. Was wir heute dem Petrus de Bellapartica zuschreiben, kann sich morgen als ein Gedanke des Jacobus de Ravanis erweisen. Von vornherein ist daher auf Vollständigkeit kein Gewicht gelegt worden, und es sind nur die Meinungen angeführt worden, die als gewisse Höhepunkte erscheinen. Ich gebe zu, daß bei der sachlichen wie bei der persönlichen Auswahl eine gewisse Willkür nicht immer vermieden worden ist.

II.

1. Nach der Lehre der mittelalterlichen Juristen kann der Mensch in doppelter Weise am Rechtsverkehr teilnehmen. Die persona privata oder principalis erwirbt durch ihr Handeln ausschließlich sich selber Rechte und Pflichten, die persona officialis oder der administrator betätigt sich für den Rechtskreis eines andern[49]). Wir können diese Kategorien zunächst kurz als Eigenhandeln und als stellvertretendes Handeln bezeichnen. Dazwischen liegen zwei Stufen.

Auf der einen stehen diejenigen Personen, die durch ein Gewaltverhältnis miteinander verbunden sind. Man unterscheidet potestas plena und semiplena. In Vollgewalt steht der Haussohn (potestas reverentialis), der Mönch (potestas oboedientialis) und der Sklave (potestas dominica)[50]). Halbgewalt umfaßt Herrn und Vasall, Patron und Libertus[51]).

---

[48]) Vgl. Mitteis, Stellvertretung S. 78.

[49]) Vgl. Baldus, Commentaria in Digestum vetus (Venetiis 1616) II, 11, 15 n. 3, 4.

[50]) Baldus, Commentaria Codicis (Venetiis 1615) IV, 27, 1 n. 20; Raphael Fulgosius, Commentarius Codicis (Lugduni 1547) II, 3, Rubr.

[51]) Paulus de Castro, Lectura super secunda parte Digesti novi (Venetiis 1585) 45, 1, 38.

Die Halbgewalt erzeugt kein privatrechtliches Vertretungsverhältnis. Den Inhaber der Vollgewalt trifft hingegen kraft zwingenden Rechtssatzes aller Erwerb aus der Handlung des Unterworfenen. Zwischen ihnen besteht personae identitas[52]). Der Unterworfene ist die vox des Herrn[53]). Servus repraesentat dominum suum[54]). Gleichgültig ist es, wie der Unterworfene im rechtsgeschäftlichen Verkehr auftritt, er kann unmittelbar dem Herrn stipulieren[55]).

2. Auf der zweiten Stufe stehen die Dienstpersonen kraft privaten Vertrages. Von ihnen sprechen schon die römischen Juristen: ministerium tantummodo praestant (D. 3, 5, 15), operam dumtaxat suam accommodant (D. 41, 2, 1, 20). Die gemeinrechtliche Literatur hat sich etwa seit Ihering[56]) um diesen Begriff heiß bemüht. Noch heute ist er viel umstritten[57]). Die mittelalterlichen Juristen waren trotz Abweichungen im einzelnen über den Kernpunkt einig. Ihre Bestimmungen sind meist negativ. Si ministerium gerat, lesen wir schon bei Rogerius[58]), mandato domini, quia ipse non contrahit, sed per eum contractus impletur — non acquirit ille obligationem, sed contrahentes per se acquirunt. Der minister, so sagt Jason[59]), fundiert den Erwerbsakt nicht in seiner Person, sondern in der Person des Herrn. Diese Gedanken waren das Gemeingut aller Juristen durch die Jahrhunderte hindurch. Aber man suchte sich auch über den positiven Anteil des minister an der Handlung zu verständigen.

---

[52]) So Wilhelmus de Cuneo. Vgl. Baldus D. 12, 1, 9, 4 n. 3.

[53]) Baldus C. 4, 27, 1 n. 20; Praelectiones in IV Jnstitutionum libros (Venetiis 1615) 3, 19, 4.

[54]) Baldus Digestum Novum (Venetiis 1615) 45, 3, 1, 3.

[55]) Baldus C. 4, 27, 1 n. 20.

[56]) Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte (Iherings Jahrbücher I. 1857), S. 274 ff.

[57]) Vgl. Rosenberg S. 175.

[58]) Summa Codicis (Bibl. iur. med. aev. I. 1888) 4, 49.

[59]) Jason Maynus, Digestum novum (Lugduni 1546) 41, 2, 9, 20 n. 1.

Schon Martinus entlehnte zu diesem Behufe aus der römischen Rechtslehre die bekannte Unterscheidung ius und factum, ratio civilis und naturalis[60]). Man lehrte, daß die Akte, die der minister vollzieht, facti seien[61]). In der Unterscheidung Iherings zwischen den faktischen und juristischen Elementen des Tatbestandes ist diese Lehre wiedererstanden; aber so wenig wie Ihering gelang den mittelalterlichen Juristen eine reinliche Grenzziehung. Schon Odofredus hat auf diese Schwierigkeit hingewiesen[62]). Größeren Anklang fand die sich inhaltlich an Gedanken des Odofredus anlehnende Theorie, daß der minister die actus naturales in Gegensatz zu den actus civiles ausführe. Sie wurde von Petrus de Bellapertica aus D. 41, 1, 53 hergeleitet[63]). Dabei verstand Petrus unter actus naturales diejenigen Akte, die per instrumentum naturale, d. h. per apprehensionem corporalem vollzogen werden. Wörtlich genommen konnte diese Theorie daher nur einen Ausschnitt aus den Geschäften des minister treffen. Der scheinbare Widerspruch, der darin liegt, daß der minister zwar den körperlichen Akt, der Herr aber gleichwohl den Rechtsakt selbst vollzieht, wurde von Bartolus bei der Besprechung der Fiktionslehre erörtert[64]). Bartolus führt aus: Das Faktum des einen kann nicht das Faktum des andern sein. Bei dem, was rein faktischer oder naturaler Natur ist, kann man daher nur kraft fictio ex necessitate sagen, daß der, welcher durch einen andern handelt, selbst handelt. Bei dem hingegen, was rein rechtlicher oder gemischter Natur ist, handelt der, welcher durch einen minister handelt, selbst improprie. Im

[60]) Gl. 17, 31, 35 (v. Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter IV. 1850. Anhang).

[61]) So schon die Summa Trecensis (Fitting, Summa Codicis des Jrnerius. 1894) 4, 29 n. 3; 7, 23 n. 2; 5, 7, 8.

[62]) Lectura super Codice (Lugduni 1480) 4, 27, 1.

[63]) Vgl. Cinus (Cynus), Lectura super Codice (Lugduni 1525), 4, 27, 1; Albericus C. 4, 27, 1 n. 3; Bartholomaeus de Saliceto, Commentarius Codicis (Lugduni 1569) 4, 27, 1 n. 8.

[64]) Super I, II parte Digesti novi (Lugduni 1514) 41, 3, 15 pr.

Falle D. 40, 2, 22[65]) z. B. vollzieht der Sohn den Manumissionsakt, soweit er faktisch ist, vollzieht ihn hingegen der Vater, so weit er rechtlich ist, nämlich in Bezug auf die datio libertatis. Der Vater läßt den Sklaven also selbst frei proprie et vere und nicht kraft Fiktion. Nach dieser Anschauung des Bartolus, die fast allgemein geteilt wurde, nimmt der minister also an dem Rechtsakt des Herrn teil. Er ist im Privatrecht etwa das, was im Strafrecht der Gehilfe ist, sofern wir diesen im Sinne Bindings auffassen[66]). Die Rechtssätze, die aus dieser Grundanschauung folgen, haben die mittelalterlichen Juristen nicht in systematischem Zusammenhange dargestellt, sondern bei den einzelnen Instituten hier und da ausgebreitet. Es kommen vornehmlich zwei Institute in Betracht, der Bote und der Besitzmittler, eine Parallele, die neuerdings Stintzing wieder herausgehoben hat[67]).

3. Nach Rosenberg gehört die Erörterung des Unterschiedes zwischen Stellvertreter und Boten zu den unerquicklichsten und bisher am wenigsten geförderten Fragen der Stellvertretungslehre[68]). Er sowie vor ihm schon Schloßmann[69]) sind nach gründlicher Untersuchung zur Leugnung des Unterschiedes gelangt. Sie haben damit nicht viel Anklang gefunden[70]). Die herrschende Meinung hält an dem Unterschiede fest und sieht das Wesen des Boten darin, daß er äußerlich nicht als selbst wollend auftritt, sondern als Ueberbringer eines fremden Willensentschlusses erscheint[71]).

---

[65]) Vgl. hierzu Mitteis, Privatrecht I. S. 229.

[66]) Vgl. neuerdings Binding, Die Formen des verbrecherischen Subjekts (Gerichtssaal 78. 1911) S. 30 ff.

[67]) Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 48. 1908. S. 369.

[68]) S. 175.

[69]) I. S. 312 ff.

[70]) Vgl. z. B. Jacobi in der Kritischen Vierteljahrsschrift, 49. 1911. S. 69 ff.

[71]) Vgl. Oertmann, Kommentar zum Allgemeinen Teil des

Den Anstoß zu den vielen Erörterungen über den Boten haben die Glossatoren gegeben. Sie und die folgenden Geschlechter suchten sein Wesen aber nicht in dem, als was er erscheint, sondern in dem, was er ist [72]).

Das Amt des Boten, so sagt Baldus, ist intimare seu nunciare, non disceptare [73]). Der Bote kann ein nuntius contractus sein, wenn er in der Person des Herrn einen Kontrakt zu zelebrieren hat, oder ein nuntius rei, wenn er eine Sache zu überbringen hat [74]). Verwendbar ist ein Bote nur da, wo neben der Willensäußerung noch eine opera oder eine exercitio stattfindet. Erschöpft sich der Willensakt in der Willensäußerung wie bei der hereditatis aditio, so ist für den Boten kein Raum [75]). Weitere Voraussetzung ist Abwesenheit einer der Vertragsparteien. Denn der Sinn der Botschaft ist, daß presens loquitur in persona absentis et e converso dominus absens loquitur ut presens. Wo daher Anwesenheit erforderlich ist wie bei der Stipulation, ist die Verwendung eines Boten unzulässig [76]) [77]). Der Konsens kommt in dem Zeitpunkte und

---

Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1908. 2. Aufl. Vorbem. 7b zum 3. Abschn. 5. Titel.

[72]) Auf die Notwendigkeit dieser Unterscheidung hat neuerdings auch Eichner in seiner mir erst nachträglich zu Gesicht gekommenen Rostocker Dissertation (1910) „Zur Abgrenzung des Boten vom Stellvertreter“ hingewiesen.

[73]) C. 7, 45, 1 n. 10.

[74]) Baldus D. 12, 4, 14 n. 5.

[75]) Baldus in I, II Infortiati Commentaria (Venetiis 1615). 29, 2, 6 n. 4; eod. tit. 90 (89) n. 1.

[76]) Baldus C. 4, 27, 1 n. 28.

[77]) Lassen andere solenne Akte die Mitwirkung eines Boten zu? Baldus D. 13, 5, 14, 3 verneint es anscheinend. Accursius lehnt unter Hinweis auf die Analogie der Verbalobligation für die obligatio literarum den Boten ab. Ihm widerspricht Petrus de Bellapertica, Auree ac repetitiones (Paris 1515) ad C. 4, 30, 13 und Institutiones (Lugduni 1536) 3, 21 Rubr. n. 1, 2. Im Hinblick auf D. 39, 5, 26 verteidigt er den Abschluß von Literalkontrakten unter Abwesenden. Wer nicht schreiben kann, so meint er J. 3, 21 Rubr. n. 1, müsse sein

dadurch zustande, daß der Bote die mitzuteilenden Worte äußert und der andere Teil dem Boten gegenüber sein Einverständnis erklärt[78]). Der Ort der Handlung ist dort, wo der Bote seine Erklärung kundgibt[79]). Welche Rechtsstellung der Bote als Empfänger der Konsenserklärung hat, wird nicht erörtert.

Das Wesen des Boten besteht darin, daß er einen Auftrag des Herrn an einen andern übermittelt. Er ist relator intentionis domini in forma sibi tradita[80]); recitat verba domini[81]). Dieser Gedanke kehrt seit den frühesten Zeiten der Glossatoren bei allen Schriftstellern in unzähligen Wendungen wieder. Auch das oft zitierte Bild von der Elster (pica) und dem organum[82]) ist sehr alt. Schon Placentin sagt[83]): est enim nuncius velut pica et organum et vox mittentis. Und er fügt hinzu: qui potest capere, capiat. Nicht der Bote kontrahiert, sondern der Herr durch ihn wie durch einen Brief[84]). Oder wie Baldus bemerkt[85]): wer einen Boten schickt, will durch sich selbst, nicht durch einen anderen obligiert werden. Der Bote hat nichts ex animo suo zu tun, nicht seine industria, sondern seine fides wird ausgewählt[86]). Streng genommen

---

Zahlungsversprechen durch einen anderen schreiben lassen können. Sic obligatur, ac si ipsemet scripsisset, quia qui per alium facit, per se ipsum facere videtur. Vor Gericht kann ein Bote nicht verwendet werden. So Dinus. Vgl. Baldus, Super Decretalibus (Lugduni 1547), 1, 39 Rubr. n. 3; Albericus C. 4, 50, 6 n. 6.

[78]) Baldus D. 17, 1, 1 n. 1.

[79]) Baldus C. 4, 50, 6 n. 28.

[80]) Baldus Decret. 1, 39 Rubr. n. 1.

[81]) Azo Summa Codicis (Papiae 1484) 4, 50.

[82]) Vgl. v. Buchka S. 123, 135.

[83]) Placentinus, Summa Codicis (Moguntiae 1536) 4, 50.

[84]) Azo ad singulas leges XII Librorum Codicis Justinianei Commentarius et Apparatus (Lugduni 1596) 4, 50, 6 n. 3.

[85]) Comment. ad librum de pace Constantiae (Perusiae 1545), sent. privilegia s. v. mitte n. 8.

[86]) Baldus C. 4, 35, 13 n. 5. Nach ihm haftet daher der Bote auch nicht für levissima culpa.

hat der Bote daher für sein Handeln keinen Spielraum. Er kann keine Stundung gewähren und keine Aenderung des Erfüllungsortes vereinbaren[87]. Nach Bartolus in Uebereinstimmung mit der Glosse kann daher auch kein nuntius generalis bestellt werden in der Weise, daß er ex virtute illius generalis mandati ad aliqua specialia descendere possit[88]. Wenn es daher in den täglich vorkommenden Notariatsurkunden heißt: talis fecit talem servum suum procuratorem, actorem, factorem et nuntium specialem, so sei die Bestellung zum nuntius nur insoweit wirksam, als ihm ein spezifizierter Auftrag erteilt sei. Dem trat Baldus entgegen. Der Bote, so meint er, gleiche einem Briefe. So wie literae credentiae generales ohne specifica forma zulässig seien, so könne der Herr auch einen Boten mit der Weisung bestellen, daß er die Kontraktsworte auf den konzipiere, von wem er immer kaufen möge[89]. Notwendig sei nur, daß die Form des Mandates determiniert ist[90]. Dieser Ansicht folgte, wie es scheint, die herrschende Meinung[91].

Der Bote trägt das Wort des Herrn im Munde[92]. Er muß es daher kennen, um es mitteilen zu können. Bevor ihm seine Uebermittlung aufgetragen ist, antequam sibi constat de mandato, kann er sein Amt nicht ausüben[93]. Fehlt das Wort, so ist der Rechtsakt unwirksam. Das factum eines falsus nuntius contractus, so meint Petrus de Bellapertica, kann

---

[87]) Baldus, D. 45, 1, 122, 1 n. 1.

[88]) Super I, II Digesti veteris Lectura (Lugduni 1514) 13, 5, 14, 3 n. 4. Vgl. Baldus C. 4, 26, 7 n. 9.

[89]) C. 4, 18 Rubr. n. 11; C. 4, 50, 6 n. 17; Tractatus de constituto (Venet. 1572) n. 8.

[90]) Baldus C. 4, 26, 7 n. 9.

[91]) Salicetus C. 4, 50, 6 n. 9; Jason D. 41, 2, 1, 5 n. 54. Ebenso neuerdings Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, 1906, S. 431 f.; Falkmann, Die Rechtsstellung des Boten. Erlanger Dissert. 1908, S. 41 f.

[92]) Baldus Decr. 2, 13, 4 n. 3.

[93]) Baldus D. 12, 1, 41 n. 12.

nicht ratihabiert werden, nisi in contrahendo ageretur de ratihabendo[94]). Denn es fehlt die commissio und der Konsens des Abwesenden, der cum intervallo nil operatur. Das factum eines falsus nuntius rei kann dagegen ratihabiert werden; denn ministerium eius est de futuro inferendi rem. So die gemeine Ansicht schon seit der Glosse. Nur Jacobus de Arena, der im Gegensatz zu den übrigen den sachlichen Unterschied von nuncius und procurator verwischte[95]), will die Ratifikation durchweg zulassen, indem er sich auf ihre fiktive Natur beruft[96]). Der Konsens des Herrn muß bis zur Erledigung der Botschaft vorhanden sein. Seine Fortdauer wird aber von der Absendung bis zur Ankunft des Boten vermutet. Stirbt jedoch der Herr oder wird er wahnsinnig vor der Ankunft des Boten, so entfällt die Präsumtion und ein Kontrakt kommt nicht zustande. Hat der Adressat aber, bevor er hiervon in Kenntnis gesetzt worden ist, auf Grund der Botschaft Aufwendungen gemacht oder Schaden erlitten, so will ihm Baldus unter Hinweis auf zahlreiche Quellenstellen den Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen und seines Schadens einräumen[97]); also bereits eine Anerkennung des negativen Vertragsinteresses. Aehnliche Grundsätze gelten für den Widerruf. Der Widerruf kann heimlich erfolgen und macht den Vertrag nichtig. Diesen Grundsatz hat Petrus de Bellapertica, abgesehen von den Erfüllungsakten gegenüber einem minister[98]), starr durchgeführt[99]). Für die Ehe, die durch

[94]) Petrus de Bellapertica, Lectura Codicis (Paris 1519), 4, 50, 6.

[95]) Vgl. Cinus, C. 4, 50, 6; Albericus, C. 4, 50, 6 n. 8.

[96]) Vgl. Baldus, D. 12, 4, 14 n. 5; D. 24, 3, 45 n. 6; C. 4, 50, 6 n. 7, 8; C. 6, 2, 19 n. 3; Decr. 1, 3, 33 n. 19; Alexander Tartagnus, Consilia 4, 91 n. 2. Daher wird auch der Schuldner, der an einen falsus minister gezahlt hat, durch Ratifikation befreit. Vgl. Petrus de Bellapertica, Repet. ad C. 6, 2, 19; Lect. Cod. eod. loco. Der funditus falsus procurator (siehe unten IV. S. 332) erwirbt nach Petrus freilich auch bei Ratifikation dem Herrn kein Eigentum.

[97]) D. 17, 1, 1 n. 1.

[98]) Repet. ad C. 6, 2, 19: Zahlt der Schuldner an den minister,

einen Boten geschlossen wird, ist er auch, wie es scheint, allgemein anerkannt worden [100]), überhaupt für Akte, die den animus domini verus, non fictus vel interpretativus, wie der Erwerb der mütterlichen Erbschaft und die Ehescheidung verlangen [101]). Im übrigen aber erhob schon die Glosse nach dem Vorgange des Aldricus gegen den Satz in seiner Allgemeinheit Widerspruch [102]). Im Anschluß an sie suchte Baldus den rigor des Grundsatzes zu mildern, indem er ausführte: Grundsätzlich ist der Akt des widerrufenen nuncius nichtig, weil der Konsens des Herrn fehlt. Nun gilt aber die Regel, daß Verträge von der bona fides beherrscht werden, auch für die Auflösung der Verträge, für den distractus; als solcher ist der Widerruf anzusprechen. Er darf daher nicht dolos sein. Würde dem andern Teil lediglich Gewinn entgehen, so ist er es nicht, er ist daher wirksam und der Rechtsakt des Boten nichtig. Würde die Gegenpartei hingegen Schaden erleiden, so ist der Widerruf unwirksam [103]). Ueber die weiteren Rechtsfolgen gibt Baldus zwiespältige Auskunft. An der einen Stelle sagt er, daß der Widerrufende mit der actio doli und iniuriarum hafte, auch wegen stellionatus verfolgt werden könne. An anderer Stelle meint er,

---

ohne den Widerruf zu kennen, so wird er ope exceptionis befreit, wenn er dem Herrn seine condictio gegen den Schuldner abtritt. Vgl. D. 46, 3, 38, 1. Vgl. Cinus, C. 4, 35, 15 n. 4.

[99]) Vgl. Baldus, C. 4, 35, 15 n. 28; Decr. 2, 13, 4 n. 3; Salicetus, C. 4, 35, 15 n. 19.

[100]) Vgl. Bartolus, Commentaria super Authenticis (Lugduni 1552), 4 Rubr. de nuptiis c. plurimae n. 4. Bonifacius VIII. bestimmte in c. 9 in VI 1, 19 ausdrücklich, daß eine von einem procurator geschlossene Ehe nullius momenti sei, wenn vor dem Eheschluß der Widerruf erfolgt ist.

[101]) Vgl. Baldus, D. 3, 3, 65 n. 9.

[102]) Gl. litteras ad D. 18, 1, 1, 2. (Glossa ordinaria. Lugduni 1545, 1552—3.)

[103]) D. 3, 3, 65 n. 11; C. 4, 35, 15 n. 28 ff.; C. 6, 1, 19 n. 25; Decr. 2, 13, 4 n. 3.

der Widerruf sei nichtig, der Konsens werde als fortdauernder consensus interpretativus fingiert. Für das kanonische Recht hat Clemens V. verordnet, daß die renuntiatio beneficii wirksam bleibt, auch wenn der Bote ohne sein Wissen widerrufen worden ist[104].

Der Herr, der den Boten schickt, ist für sein Tun ausschließlich verantwortlich. In dieser Richtung folgte man den Aussprüchen der römischen Juristen in D. 13, 6, 10—12[105]. Der Schuldner, der seine Schuld durch einen Boten erfüllt, haftet für culpa in eligendo[106], bei Genusschulden nach dem allgemeinen Grundsatz auch für Zufall[107].

Woran erkennt man einen Boten im Rechtsverkehr? Baldus stellt drei Merkmale auf[108]. Das erste ist die forma mandati. Dem Boten wird der Auftrag gegeben ut nuncio. Der Herr sagt zu ihm: vade ad illum et denuncia ei, quod volo emere rem illam pro X[109]. Schon der mittelalterliche Rechtsverkehr hat sich aber nicht immer an die Formeln gehalten, die der Professor seinen Studenten einschärfte, und anderseits ist der Satz, daß bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften ist, keine Erfindung unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs. Non minus debet attendi utilitas mandati quam forma mandati, sagte Baldus in Anlehnung an die kanonistischen Anschauungen[110]. Unter dem vieldeutigen Ausdruck procurator konnte man auch den nuntius verstehen[111]. Im Zweifel entschied die Absicht des Herrn und die Zweckmäßigkeit[112]. Kann den Akt nur

---

[104]) c. un. Clem. 1, 4.

[105]) Vgl. Baldus, D. 13, 6. 10, 1. Siehe auch oben n. 86.

[106]) Baldus, Consilia 5, 132.

[107]) Baldus, C. 6, 2. 7.

[108]) C. 4, 50, 6 n. 21.

[109]) Odofredus, C. 4, 50, 6.

[110]) Decr. 1, 39 Rubr. n. 1; C. 4, 50, 6 n. 22.

[111]) Durantis, Speculum judiciale (1532) 1, 38, v. ut autem n. 5.

[112]) Baldus, C. 4, 50, 6 n. 23; Salicetus, C. 4, 50, 6 n. 10.

ein Vertreter vornehmen, wie z. B. die Stipulation, so ist Vertreterbestellung anzunehmen[113]). Kann ihn nur ein Bote vollziehen, etwa weil er character spiritualis hat, wie die compaternitas, so ist die Bestellung eines Mittlers anzunehmen. Die Praxis der Notare ging dem Zweifel aus dem Wege, indem sie den Mandatar durchweg zum procurator et nuncius bestellte[114]). Dieser hatte dann die Wahl, war freilich auch zu sachgemäßer Wahl verpflichtet.

Das zweite Merkmal des Boten ist die conceptio verborum, die Form seines Auftretens. Der Bote hat die Worte des Kontrakts auf den Herrn zu formieren, nicht auf seine Person. So wie die Jünger im Evangelium auf Geheiß des Herrn sagen: dicit dominus: apud vos faciam pascha meum, so muß der Bote sagen: talis mittit me ad vos, quia vellet emere rem vestram[115]), oder noch genauer: misit me dominus, ut sciret, an vendis ei rem pro decem, worauf der Verkäufer erwidern muß: vendo[116]). Etwas grotesk veranschaulichte Odofredus diesen Gedanken, indem er seinen Hörern vortrug: der Bote dürfe den andern Teil nicht mit den Worten: ego saluto vos begrüßen, sondern müsse ihn anreden: dominus salutat vos. Und der Gegengruß dürfe nicht lauten: benedicaris, sondern: benedicatur dominus tuus[117]). Die Form des Auftretens betrachtete man als wesentlich für die Wirksamkeit der Botenhandlung. Konzipiert der Bote die Worte auf seine Person, so trifft ihn die Wirkung der Handlung, und er haftet, da er formam sibi datam nicht gewahrt hat, dem Herrn

---

[113]) Ebenso neuerdings das Reichsgericht, 6. Ziv.-Senat, im Urteil vom 4. März 1911 (Deutsche Juristenzeitung 1911, Sp. 762): Ist Schriftform vorgeschrieben, so ist der Bevollmächtigte im Zweifel nicht Schreibgehilfe, sondern Stellvertreter. Vgl. aber oben n. 77.

[114]) Vgl. Durantis 1, 3 de procurat.

[115]) Cinus, C. 4, 50, 6; Albericus, C. 4, 50, 6 n. 8.

[116]) Azo, Sum. Cod. 4, 50; Durantis 1, 3 v. ut autem n. 6.

[117]) C. 4, 50, 6.

mit der actio mandati auf das Interesse[118]). Ob der Bote in diesem Falle als procurator zu behandeln ist und der Herr daher nach den Stellvertretungssätzen gegen den Dritten die actio utilis hat, erschien Azo[119]) und Odofredus[120]) zweifelhaft, sie waren geneigt, es zu verneinen. Auch die herrschende Meinung nahm den verneinenden Standpunkt ein. Nur Jacobus de Arena kam auf Grund eigenartiger Quelleninterpretation zu einer andern Ansicht[121]). Tritt dagegen der Bote ausdrücklich als Stellvertreter auf, so gelten nach Buttrigarius die Grundsätze der Stellvertretung, der Herr muß ratihabieren, damit der Akt wirksam wird[122]). Tritt umgekehrt der Stellvertreter als Bote auf, so ist seine Handlung sowohl nach den unten zu erörternden Grundsätzen über die Stellvertretung als auch deswegen unwirksam, weil, wie Buttrigarius betont, dem Akte der Konsens des Herrn fehlt[123]). Eben dieser wohl zutreffende Satz beweist die Unrichtigkeit der heute herrschenden Lehre. Denn dadurch, daß einer als unselbständiger Uebermittler einer fremden Willenserklärung auftritt, wird er noch nicht zum Boten.

Das dritte Merkmal des Boten endlich ist der modus acquisitionis. Aus seiner Handlung erwirbt der Herr unmittelbar Rechte und Pflichten. Dies wurde bei jeder Gelegenheit betont, um damit den Unterschied zum procurator klarzustellen. Denn zum Wesen des procurator gehört der un-

---

[118]) Petrus de Bellapertica, C. 4, 50, 6; Albericus, C. 4, 50, 6 n. 7; Salicetus, C. 4, 50, 6 n. 13.

[119]) Sum. Cod. 4, 50.

[120]) C. 4, 50, 6.

[121]) Vgl. Fulgosius, C. 4, 50, 6 n. 1.

[122]) Albericus, C. 4, 50, 6 n. 8; Baldus, C. 4, 50, 6 n. 29.

[123]) Azo, Sum. Cod. 4, 50; Albericus, loc. cit.; Salicetus, loc. cit. Bartolus, Comment. in I, II partem Codicis (Lugduni 1555), 4, 50, 6, 3 hebt hervor, daß der procurator in den Vollmachtsurkunden deswegen zugleich zum nuntius bestellt werde, damit Akte, die er etwa als nuntius zu verrichten habe, gültig sind.

mittelbare Rechtserwerb des Herrn nicht[124]). Gegenüber unserem heutigen Stellvertretungsbegriff ist dieses Merkmal des Boten freilich wesenlos.

4. Der Besitzmittler steht zum Boten nicht in begrifflichem Gegensatze. Denn der nuntius rei ist nichts als ein Besitzmittler. Umgekehrt wurde schon bei den Römern, insbesondere aber bei den Germanen und im Mittelalter, ein Bote, missus, zur Besitzeinweisung, zur Investitur, bestellt[125]). Das ist oft nicht beachtet worden. Zum Teil wohl, weil der Besitzmittler häufig zugleich als Vertreter im Rechtserwerb auftritt und mit demselben Worte procurator bezeichnet wird. Die mittelalterlichen Juristen aber haben insbesondere seit Petrus de Bellapertica stets betont, daß der Prokurator da, wo er den Besitz erwirbt, nudum ministerium verrichtet[126]). Schon die Summa Trecensis lebt völlig in diesem Gedanken[127]).

Die Prüfung des Wesens des Besitzmittlers gibt freilich nach zwei Seiten hin Anlaß zu einer Grenzberichtigung. Ausgangspunkt der Erörterung war den Scholastikern die etwas dunkle Wendung possessionis causa in C. 4, 27, 1, 1[128]). Nach der Auslegung der älteren Juristen bestimmte die Verordnung, in welcher Weise sich der Erwerb durch eine Mittels-

---

124) Baldus, C. 4, 25, 4 hebt hervor, daß der Bote oft daran erkannt werden könne, daß er nur den Herrn obligieren wolle.

125) Vgl. v. Voltelini p. XLVII.

126) Vgl. Cinus, C. 4, 50, 6; Bartolus, D. 12, 4, 14 n. 2; D. 39, 5, 13 n. 4; Baldus, 14, 3, 20 nova additio n. 8; Tractatus de pactis (Venet. 1615) n. 129; Jason, D. 41, 2, 1, 20 n. 2; D. 41, 3, 15 n. 349.

127) 7, 23 n. 5, 7, 8.

128) Vgl. Azo, Commentarius 4, 27, 1; Hugolinus, Dissensiones dominorum (Haenel, Diss. dom., Lipsiae 1834), § 232; Accursius, Gl. causa ad C. 4, 27, 1; Cinus, Albericus, Bartolus, Baldus, Salicetus, Fulgosius, sämtlich zu C. 4, 27, 1. Auf die Einzelheiten der Auslegung soll hier nicht eingegangen werden. Die Erörterungen des Petrus de Bellapertica, die sich vornehmlich bei der c. 8 C. 7, 32, finden, sind in der Ausgabe seiner Lectura bis zur Unkenntlichkeit entstellt.

person vollzieht. Zwei Ansichten standen sich da gegenüber. Die einen faßten den Ausdruck intransitiv und setzten ihn gleich sola possessio. Diese Ansicht wurde schon von Johannes Bassianus bekämpft und seitdem durchweg verworfen. Die herrschende Ansicht faßte den Ausdruck transitiv und intransitiv. Danach bedeutete er einmal die causa causans (efficiens), den Besitz, daneben aber die causa causata (finalis), nämlich dominium und usucapio. Eine Begründung, warum gerade auf diese Art Erwerb durch einen procurator zulässig ist, enthielten die Auslegungen nicht. Eine neue Auffassung vertrat Nicolaus Martarellus. Nach ihm bestimmte die Verordnung, was eine Mittelsperson erwerben könne, also die causa materialis. Und zwar meinte er: alles, was possedibile vel quasi, per se vel aliquo alio mediante, sei, könne durch einen procurator erworben werden. Dahin rechnete er namentlich Besitz und Eigentum, aber auch die Servituten, er erkannte aber Ausnahmen auf Grund Sonderregelung, z. B. für das ius filiationis et proximitatis an. Was hingegen des Besitzes oder Quasibesitzes nicht fähig ist, wie die persönlichen Obligationen und Aktionen, kann nach ihm eine freie Mittelsperson nicht erwerben, wobei zu beachten sei, daß von einem Quasibesitz der Obligation nur similitudinarie gesprochen werden könne. Eine vermittelnde Ansicht endlich stellte Petrus de Bellapertica auf. Er bekannte, daß ihm erst die l. 53 D. 41, 1 den Sinn der vorliegenden Stelle eröffnet habe, und meinte, daß jenes Fragment diese Verordnung deklariere. Nach ihm steht der Ausdruck possessio für apprehensio und bestimmt die Verordnung, daß das quae per apprehensionem corporalem (naturalem) queruntur durch einen procurator erworben werden könne. Was aber civiliter erworben wird, d. h. sine apprehensione corporali, könne ein procurator nicht erwerben. Der Grund sei der, daß actus naturales solidissimi seien und daher die Fiktion gestatteten, daß die eine Person die andere repräsentiert. Die actus civiles seien hingegen nicht ita veri, sie seien ein artificiale ex mera iuris potestate pro-

cedens et organo solius verbi. Dieser Satz des Petrus, wenn auch nicht seine Begründung[129]), beherrschte die Anschauung aller folgenden Juristen[130]).

Mit ihm knüpfte Petrus an die Lehren der früheren Scholastik, der Summa Trecensis und des Odofredus, an und gab dem Tätigkeitsbereich des minister eine doppelte Begrenzung. Der minister vermittelt als Instrument, als corpus, die Apprehension und ist mithin nur dort möglich, wo Tradition stattfindet[131]). Erfolgt daher der Besitzerwerb durch Konstitut, so kann nicht ein minister, sondern muß ein Stellvertreter mitwirken[132])[133]). Anderseits kann ein minister den Erwerb alles dessen vermitteln, was eine Tradition gestattet. Er ist daher bei jeder realis acquisitio, bei dem Erwerb eines jeden ius reale verwendbar[134]).

---

[129]) Baldus, Tract. de pactis n. 128 z. B. meinte, daß das factum des minister nulla iuris constitutione mutabile sei.

[130]) Vgl. z. B. Hugo Grotius, De jure belli ac pacis (Hagae Comit. 1633), 3, 6, 9 n. 1, 2.

[131]) Vgl. Cinus, Albericus, Baldus zu C. 4, 27, 1.

[132]) Vgl. Baldus, De pactis n. 128.

[133]) Wilhelmus de Cuneo hielt auch Vertretung beim Erwerb mittels constitutum für unzulässig, weil nicht zwei Fiktionen möglich seien. Gegen ihn Bartolus, D. 41, 3, 15 pr.; Baldus, De pactis n. 128. Vollends widerlegte ihn die Praxis, in der das Konstitut bei der Besitzübertragung auch an einen Vertreter die Regel war.

[134]) Petrus de Bellapertica spricht auch das matrimonium als ein solches Recht an, als ein ius reale inter maritum et uxorem, vielleicht beeinflußt von der kanonischen Vorstellung des Ehebesitzes. Hierüber vgl. Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter, 1848, S. 191 ff., 239. Die Ehe, die ein procurator ohne Mandat schließt, ist daher nach Petrus nichtig. Die Kanonisten widersprachen dem, indem sie hier den favor matrimonii für wirksam erachteten. Vgl. Cinus, C. 4, 35, 15 n. 5; 4, 50, 6; Albericus 4, 50, 6. Die Behandlung der Hilfspersonen bei familienrechtlichen Akten schwankte. Bartolus ließ in Authent. 4 de nuptiis c. plurim. n. 9, 10 einen nuntius und einen procurator zu, erklärte aber in D. 41, 2, 1, 20 n. 4, daß bei iura inseparabilia a persona procurator est ut nudus minister. Ebenso Tartagnus, Consil. 5, 149 n. 13, 14. Baldus sah in C. 4, 50, 6 n. 23 den procurator zum Abschluß einer compaternitas als einen nuntius an.

Als minister untersteht der Traditionsgehilfe denselben Regeln wie der nuntius. Die mittelalterlichen Juristen haben jedoch nur einige dieser Rechtssätze bei ihm erörtert[135]. Eingehender haben sie sich, auch darin ein Vorbild der gemeinrechtlichen Literatur, über den animus des Traditionsgehilfen geäußert. Zu unterscheiden ist zwischen der Mitwirkung beim Erwerb und bei der Veräußerung. Beim Traditionserwerb stritt man über drei Fragen. Einmal darüber, ob es genügt, daß der Traditionsgehilfe dem Herrn erwerben will oder ob auch der Tradent diesen Willen haben muß. Für den Besitzerwerb entschied man sich allgemein dahin, daß der Wille des Traditionsgehilfen ausreiche[136]. Für den Eigentumserwerb forderte die herrschende Meinung, so Jacobus de Arena, Petrus de Bellapertica und Bartolus, daß auch der Tradent den Willen haben müsse, das Eigentum auf den Herrn zu übertragen[137]. Dem widersprach Baldus mit der Begründung, daß der Tradent nur den Willen zu haben brauche, das Eigentum zu verlieren; der Erwerb aber descendit a voluntate potius procuratoris volentis acquirere alteri non sibi. Nur wenn der Tradent die Eigentumsübertragung an den procurator zur Bedingung setze, treffe die herrschende Ansicht zu[138]. Die zweite Frage war, ob die malignitas des Traditionsgehilfen schade, wenn der

---

[135]) Zum Beispiel ließ Rogerius, C. 4, 32 Traditionserwerb durch einen negotiorum gestor zu, während Petrus de Bellapertica die Kollation einer Präbende an einen negotiorum gestor für ungültig erklärte. Vgl. Cinus, C. 4, 50, 6; Albericus, C. 4, 50, 6 n. 9.

[136]) So schon Irnerius in seiner Glosse zu C. 7, 32, 1 (Pescatore, Die Glossen des Irnerius, 1888, S. 71). Ebenso Rogerius in der Glosse zu C. 7, 32, 8 (ebenda, Note). In der Sum. Cod. 4, 32 verlangte Rogerius hingegen Konkurrenz des Willens des Tradenten und des Herrn. Mit der herrschenden Meinung Petrus de Bellapertica, C. 7, 32, 1.

[137]) Petrus de Bellapertica, loc. cit.; Bartolus, D. 24, 1, 5, 13 n. 4.

[138]) Baldus, C. 7, 10, 2; 7, 32, 1 n. 3.

Tradent die Absicht hat, an den Herrn zu tradieren. Die communis opinio erachtete im Hinblick auf D. 29, 5, 13[139]) bei Besitz- wie Eigentumserwerb den Willen des Tradenten für ausschlaggebend[140]). Ein kleiner Teil, so schon Placentin[141]), später Salicetus, Ludovicus Pontanus u. a., vertrat für den Besitzerwerb die gegenteilige Ansicht. Jason begründete dies damit, daß das ministerium corpore et animo erfolge, der animus des minister daher nicht unberücksichtigt bleiben dürfe[142]). Und die dritte Frage war, wie der animus der Beteiligten zu erkennen sei, wenn er nicht ausdrücklich ausgesprochen worden ist. Baldus äußert sich darüber folgendermaßen: animus quandoque est res sensibilis, ut quando voce exprimitur vel per indicia declaratur. Et tunc bene potest probari. Quandoque non est res sensibilis, quia in corde retinetur. Et tunc in dubio id praesumitur concessum de necessitate, quod naturae rei et bonae fidei congruit[143]). Bartolus gab weitere Fingerzeige: Schließt der Herr den Kontrakt, wird aber dem Gehilfen tradiert, so erwirbt im Zweifel der Herr. Schließt der Gehilfe den Kontrakt und wird ihm tradiert, drückt er aber bei keinem dieser beiden Akte aus, daß er procuratorio nomine domini handle, so erwirbt im Zweifel der Gehilfe. Drückt er beim Kontrakt und bei der Tradition aus, daß er procuratorio nomine handele, so erwirbt er im Zweifel dem Herrn. Drückt er beim Kontrakt

---

[139]) Die l. 37 § 6 D. 41, 1 hatte schon die Glosse mit dieser Stelle in Uebereinstimmung gebracht, indem sie ergänzte: in eius persona nihil agitur, sed in mea. Vgl. darüber Landsberg, Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigentum, 1888, S. 125.

[140]) Vgl. Jrnerius in der Note 136 genannten Glosse. Für den Besitzerwerb vgl. Lo Codi, Summa Codicis in provençalischer Sprache aus der Mitte des 12. Jahrhunderts (herausgeg. von Fitting, 1906), 7, 33 n. 8.

[141]) C. 7, 35.

[142]) Vgl. Jason D. 41, 2, 1, 20 n. 9; Alphonsus de Olea, Tractatus de cessione jurium et actionum (Venetiis 1773), 4, 11 n. 27, 28.

[143]) C. 7, 10, 2.

aus, daß er im Namen des Herrn handle, geschieht die Tradition aber simpliciter, so erwirbt er im Zweifel dem Herrn, wenn die Tradition incontinenter nach dem Vertrage erfolgt, hingegen sich, wenn sie ex intervallo erfolgt[144]). Unverkennbar hat damit Bartolus bereits die von Lenel durchgeführte Kausaltheorie angeschlagen[145]).

Die Regelung des Traditionserwerbes wurde auch auf den socius übertragen, der der societas Besitz und Eigentum erwirbt. Da aber gerade hier Kausal- und Ausführungsgeschäft zusammenzutreffen pflegen, der Geschäftsführer und der Gesellschafter auch nur schwer als minister der übrigen Gesellschafter anzusprechen ist, so war die Sprengung des Traditionsgehilfenbegriffs hier unausbleiblich und es wurde notwendig, Rechtssätze aus der Stellvertretung zu entlehnen. Für die societas omnium bonorum nahm man an, daß sämtliche Gesellschafter Besitz und Eigentum erwerben, wenn der geschäftsführende Gesellschafter im Namen der Gesellschaft oder sämtlicher Gesellschafter erwirbt. Handelt er hingegen im eigenen Namen, so waren die Ansichten darüber geteilt, ob der Erwerb auch sämtlichen Gesellschaftern zufällt oder nur dem Handelnden, wenn auch mit der Verpflichtung zur Uebereignung[146]). Für die societas particularis, insbesondere die Erwerbsgesellschaft, war man sich darüber einig, daß die Gesellschafter nur dann Besitz und Eigentum erwerben, wenn der geschäftsführende Gesellschafter im Namen der Gesellschaft auftritt, gleichgültig, ob er für den Erwerb gemeinschaftliche oder eigene Mittel hingibt. Streit bestand hier jedoch darüber, ob eine Ratifikation erforderlich ist, damit Besitz und Eigen-

---

[144]) D. 39, 5, 13.

[145]) Stellvertretung und Vollmacht (Jherings Jahrbücher 36) S. 45 ff.

[146]) Das Nähere siehe bei Felicius, Tractatus de Communione seu societate (Lugdun. Batav. 1686), 14 n. 4 ff.; Olea 4, 8 n. 23. Vgl. auch Petrus de Ubaldis, Tractatus de duobus fratribus (Coloniae Agrippinae 1586) V, 3.

tum auf die Gesellschaft übergehen. Bartolus, Baldus und Alexander Tartagnus verlangten die Genehmigung der übrigen Gesellschafter. Die meisten der späteren Juristen aber entschieden sich aus praktischen Gründen für das Gegenteil und rechtfertigten dies damit, daß schon in der Gesellschaftsgründung die Ermächtigung der Gesellschafter zum Erwerbe von Sachen, die der Gesellschaftsbetrieb erfordert, also ein mandatum tacitum, enthalten sei[147]).

Bei der Veräußerung gibt der Herr selbst Besitz und Eigentum auf. Die Trennung des Eigentums von uns geschieht, wie Baldus unter Hinweis auf D. 40, 2, 22 bemerkt, durch uns selbst: Datio cohaeret domino, qui dat, et immediate ab ipso evellitur dominium[148]). Ad esse actus gehört daher der Konsens des Herrn[149]). Bei der Uebertragung dagegen ist, wie Petrus de Bellapertica meint, der procurator der fundator actus[149]). Factum cohaeret procuratori, qui facit[148]) [150]). Da freilich die wirksame Uebertragung die Trennung voraussetzt, so verlangt auch sie den Konsens des Herrn. Der Widerruf hindert daher nach Petrus die Uebertragung des Eigentums, selbst wenn ihn der Gehilfe nicht kennt[151]) [152]).

Für die Gesellschaft nahm Accursius an, daß die Gesellschafter sich bereits mit ihrer Begründung gegenseitig das

---

[147]) Felicius 14 n. 35 ff.

[148]) Decr. 2, 13, 4 n. 5; C. 7, 45, 1 n. 16.

[149]) Vgl. Baldus, C. 4, 35, 15 n. 28.

[150]) Diese Lehre, nach der für den Tradenten die Kategorien der Stellvertretung oder Gehilfenschaft überhaupt nicht zutreffen, gewinnt heute wieder an Boden. Vgl. Rümelin, Das Handeln in fremdem Namen im Bürgerlichen Gesetzbuch (Archiv für civilist. Praxis 93) S. 183 ff.; Binder, Kritische Vierteljahrsschrift 46, S. 389 f.; Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter, 1911, S. 95, 99 f.

[151]) Vgl. Cinus, C. 4, 35, 15 n. 4.

[152]) Bartolus, D. 1, 19, 1 n. 8 verlangt allerdings Tradition in fremdem Namen, damit die Ratifaktion wirksam erfolgen kann. Vgl. hierzu unten IV n. 231.

Mandat zur Veräußerung erteilen und er fügt daher der l. 68 D. 17, 2 die etwas gewaltsame Einschränkung hinzu: cum in fraudem alienat oder wenn die übrigen Gesellschafter dissentieren[153]). Diese Auslegung erfreute sich jedoch nicht des allgemeinen Beifalls. Man beschränkte die Veräußerungsbefugnis auf bestimmte Arten von Gesellschaften. Z. B. nahm man an, daß in einer societas ad pecuniam communem mutuandam ein jeder der Gesellschafter die potestas zum Ausleihen von Geldern habe[154]). Ebenso meinte Baldus, daß bei Handelsgesellschaften jeder der Gesellschafter den stillschweigenden Konsens des andern habe, res communes in solidum, si sunt res venales, zu veräußern, z. B. pannum apothecae communis[155]).

5. Neben dem Boten und Traditionsgehilfen haben schon die römischen Juristen noch auf einzelne andere Akte ministerieller Tätigkeit hingewiesen[156]). Diese haben auch die mittelalterlichen Juristen als faktische Handlungen, deren Wirkungen unmittelbar den Herrn treffen, häufig zusammengestellt. So sagt Martinus: factum vero directo mihi acquiritur, ut apprehensio possessionis, deprehensio furis, denuntiatio operis, interpellatio debitoris[157]). Aehnliche Aeußerungen finden wir bei Rogerius[158]), Placentinus[159]), der Summa Trecensis[160]) und anderwärts. Besonderheiten wurden für diese Akte nicht vermerkt[161]).

---

[153]) Gl. alineare ad h. l.

[154]) Vgl. Philippus Decius, Commentaria in I, II Digesti veteris partes (Lugdun. 1550), 12, 1, 16 n. 2 ff.

[155]) C. 4, 37 Rubr. n. 12; vgl. Salicetus, Comment. in Digestum veteris (Lugdun. 1543), 17, 2 Rubr. n. 1; eod. tit. 68.

[156]) Vgl. z. B. D. 3, 3, 72; 22, 1, 24, 2. Vgl. auch Rosenberg, S. 17, 384 f.

[157]) Gl. ad C. 4, 27, 1 aus Ms. Paris. 4534 (v. Savigny, Geschichte IV, Anhang n. 31).

[158]) C. 4, 32.

[159]) C. 4, 27.

[160]) C. 4, 29 n. 3.

[161]) Bei der operis novi nuntiatio meint Baldus, D. 39, 1, 17 n. 1,

Hervorzuheben ist die Eidesleistung durch einen minister. Petrus de Bellapertica berichtet, ohne sich freilich dafür zu verbürgen, daß Azo nach Abschluß einer Friedensreformation zweier Stadtgemeinden Prokuratoren bestellen ließ, die für die Bürger die Reformation beschwören sollten. Petrus meint, daß die Prokuratoren hier nuntii seien. Der Eid sei obligatorium und der procurator civitatis wolle nicht sich, sondern die Bürger durch den Eid binden, nec bonum nec malum habet. Der Eid müsse daher lauten: cives iurant, quod non veniant contra istam reformationem [162]). Daneben ließ man auch die Eidesleistung durch einen Vertreter zu [163]).

III.

1. Von den Stufen schreiten wir zum Hauptgegenstande unserer Erörterungen, zum administrator oder zur persona officialis. Man unterschied hier zwei Arten. Die einen haben ein officium publicum kraft publica auctoritas et utilitas vel saltem auctoritas [164]). Es sind die administratores legitimi, die sich außerhalb des Prozesses oder im Prozeß betätigen; sie verdanken ihr Amt einem decretum legis oder einem decretum iudicis [165]). Hierher gehören der tutor, curator, actor, syndicus, oeconomus, hospitalarius, massarius communis und viele andere [166]) [167]). Ihnen steht der Träger eines officium

---

daß der Herr den Rechtsbehelf mehr aus dem Delikt des Bauenden als aus dem factum des procurator habe.

[162]) C. 2, 27 Auth. Sacramenta puberum.

[163]) Vgl. unten V. n. 313.

[164]) Vgl. Baldus, D. 12, 1, 9, 3 n. 5; D. 13, 5, 5, 6; Florentiner Rechtsbuch (herausgeg. v. Conrat. 1882), 4, 1, 14.

[165]) Vgl. Baldus, Authentica Principalis (= Novel 124 c. 1), n. 2.

[166]) Ueber diese Ausdrücke siehe Durantis 1, 3 Rubr. de his qui alieno nomine, n. 3 ff.; Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, III (Berlin 1881), S. 232 f., 340.

[167]) In besonderer Weise rechnete man auch die argentarii und nummularii zu den Inhabern eines officium publicum. Siehe Rogerius, C. 2, 1. Schon im römischen Recht galten für sie Sondervorschriften

privatum gegenüber, insbesondere der procurator, den man wieder in den procurator ad negotia und ad iudicia einteilte, und der negotiorum gestor[168]). Man verhehlte sich zwar nicht die Vieldeutigkeit des Ausdrucks procurator[169]), hatte aber keine bessere Bezeichnung.

Eine Sonderstellung unter den gesetzlichen Vertretern haben der Vater als Verwalter des Adventizgutes seines Kindes und der Prälat als Verwalter des Kirchenvermögens. Sie sind nicht nudi administratores, sondern legitimi administratores ratione ususfructus, vereinigen also in sich die Stellung einer persona principalis und einer persona officialis. Ob diese Stellung ihnen gegenüber dem Vormunde erweiterte Rechte brachte, war bestritten. Der Streit betraf hauptsächlich die Frage, ob sie sich im Prozeß schon vor der Litiskontestation einen Vertreter bestellen dürfen, während der gewöhnliche Vertreter erst in iudicio substituieren kann. Die Glosse stellte sie dem tutor gleich. Durantis unterschied, ob der Verwalter wegen seines ususfructus klagt; dann könne er jederzeit einen Prokurator bestellen, oder ob er de proprietate klagt, dann könne er es erst nach der Litiskontestation tun. Petrus entschied unter dem Beifall von Jacobus de Arena und Cinus, daß der Vater und der Prälat auch vor der Litiskontestation einen Vertreter bestellen können. Baldus trat dem bei; denn sie hätten nicht ein gewöhnliches Mandat, ein mandatum formale, sondern aliquid plus, ein mandatum causale, das commodum, und seien daher wie der procurator in rem suam zu behandeln[170]). Der vertriebene Prälat kann nach Innocenz IV. und Baldus die Wiedereinräumung des

---

öffentlich-rechtlicher Natur. Vgl. Voigt in den Abhandlungen der Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften, 10, 1887, S. 513 ff.; Trumpler, Die Geschichte der römischen Gesellschaftsformen, Berlin 1906, S. 35 ff.

[168]) Accursius, Gl. levabitur ad D. 3, 3, 67; Baldus, J. 3, 19, 4 n. 3.

[169]) Vgl. Baldus, C. 4, 50, 6 n. 27.

[170]) Vgl. Baldus, C. 2, 12, 11 n. 3; 6, 60, 1.

Besitzes sowohl suo nomine als auch nomine dignitatis verlangen [171] [172].

Obwohl die verschiedenen Arten des Stellvertreters in Einzelheiten gesonderter Behandlung unterliegen, war man sich doch darüber einig, daß sie ihrem Wesen nach nicht verschieden sind. Procurator, tutor, curator, actor werden oft nebeneinander genannt [173].

2. Auch der Vertreter, wie wir ihn kurz nennen mögen, ist in gewissem Sinne ein minister. Causa non tangit eum, ihn trifft kein commodum. Er leistet daher einen actus nudi ministerii [174]. Er ist das Instrument, das Organ, durch das der Herr handelt [175]. Er repräsentiert den Herrn [176]. Loco domini habetur [177], gerit vicem alii [178]. Nihil ex animo suo facit, sed ex animo domini solius [179]. Alles das sind Wendungen, die wir auch schon bei den römischen Juristen finden, die im Mittelalter bei seiner Vorliebe für eine bilderreiche Sprache auf günstigen Boden fielen, wohl auch geeignet waren, einen bestimmten Gedanken zu veranschaulichen, im allgemeinen aber das Wesen des Vertreters mehr verdunkelten als klärten. Immerhin haben sie die mittelalterlichen Juristen in ihren Grundanschauungen nicht beeinflußt, während sich neuere Theorien zu ihrem Schaden mehr von ihnen leiten ließen.

Denn die Grundauffassung der mittelalterlichen Juristen

---

[171]) Innocentius Papa IV., Apparatus super V libris Decretalium, 1543, 2, 13, 5 n. 13; Baldus, C. 3, 34, 2. Vgl. auch Gierke, Genossenschaftsrecht, III, S. 295 f.

[172]) Auf das Recht der Ehegatten, das durch das Güterrecht beeinflußt wird, kann hier nicht eingegangen werden.

[173]) Vgl. z. B. Rogerius, C. 4, 32; Florentiner Rechtsbuch 4, 1, 9.

[174]) Baldus, Consil. 5, 366; C. 6, 48 Rubr. n. 2; D. 31, 17 n. 3.

[175]) Baldus, C. 4, 25 Rubr. n. 2; Decret. 1, 6, 24 n. 20.

[176]) Baldus, C. 2, 12 Rubr.

[177]) Summa Trecensis 2, 3, 13.

[178]) Florentiner Rechtsbuch 4, 1, 9.

[179]) Baldus, Consil. 1, 90. Vgl. auch Baldus, Decret. 1, 6, 24 n. 20; Gierke, Genossenschaftsrecht, III, S. 219 ff., 309 ff.

war durchgängig die, daß der Vertreter zwar für einen andern tätig ist, aber selber handelt. Das hat insbesondere Baldus an mehreren Stellen treffend ausgesprochen. Der procurator, so sagt er, fundiert radicem obligationis in se, licet ad utilitatem alterius contraheret[180]; substantiat contractum in se, licet procuratorio nomine[181]. Er ist das Instrument des Herrn, aber wenn der Herr per eum handelt, so bedeutet der Ausdruck per nicht die causa instrumentalis mere et simpliciter wie beim Boten, sondern das nomen domini ist die adjectio, den Kontrakt aber fundiert der procurator auf seine Person[182]. Wer einen procurator schickt, will durch einen anderen und nicht durch sich selbst obligiert werden, transfert consensum suum in procuratorem[183]. Negotium sumit originem in persona ministri et per eum transit ad dominum[184]. Die Stütze und wohl auch der Ursprung dieser Anschauung war der bekannte Ausspruch des Paulus in D. 44, 7, 11: quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum faciunt. Die Lehren der mittelalterlichen Juristen sind hier eben nichts anderes als die wohl richtig erkannten und folgerichtig durchgeführten Grundsätze der Römer.

Die kanonistische Doktrin schuf zwar einige Verwirrung durch den von Bonifaz VIII. in den Liber Sextus aufgenommenen Satz: qui facit per alium est perinde ac si faciat per se ipsum. So lesen wir bei Roffredus: dicere videtur qui per alium dicit . . . et gerere videtur qui per alium gerit[185].

---

[180]) C. 4, 35, 7 n. 2.

[181]) C. 4, 50, 6 n. 10.

[182]) C. 4, 25 Rubr. n. 2.

[183]) Pax Constantiae sent. privil. s. v. mitte n. 8. So schon Azo, Commentarius, 4, 50, 6 n. 3: Dominus in procuratoris persona voluit contractum celebrari; in nuntio vero contra. Vgl. dazu auch Hugo Grotius, De jure belli, 2, 11, 18 n. 2.

[184]) C. 2, 12, 8 n. 3.

[185]) Quaestiones Sabbatinae (Coloniae Agrippinae 1591), 40 n. 1.

Und auch Bartolus hielt sich nicht frei von diesen Anschauungen. In der repetitio ad D. 41, 3, 15 pr., die er nach seiner Angabe im 26. Lebensjahr zu Beginn seiner Lehrzeit in Pisa verfaßt hat[186]), lehrte er zwar noch, daß da, wo der procurator einen actus civilis ausführe und diesen daher principaliter in seiner Person fundiere, dominus facere videtur ex fictione seu interpretatione. In der repetitio ad D. 47, 10, 17, 2, in der er dann später die Fiktionslehre ausführlich erörtert hat, wechselte er aber seine Ansicht und legte dar: Handelt das Instrument virtute libertatis suae, z. B. gibt jemand einem im Vollbesitz seiner Geisteskräfte befindlichen Menschen den Auftrag zu töten, so handelt das Instrument vere; mandans praebet causam. Handelt das Instrument jedoch de necessitate, indem es nicht anders handeln kann, wie ein abgeschossener Pfeil oder Stein, so handelt der, welcher das Instrument gebraucht, vere. Der Mandatar nun, der etwas honestum oder etwas, was kein grave delictum ist, übernommen hat, ist kraft necessitas civilis verpflichtet, das Mandat auszuführen; er handelt daher de necessitate, während der Mandant, der sich seiner bedient, vere handelt. Hat der Mandatar etwas Schimpfliches übernommen und ist das Mandat daher nichtig, so handelt er selbst vere und der Mandant interpretative[187]). Dieser Ansicht, die den Vertreter zu einem bloßen Werkzeug stempelte, trat Baldus entgegen. Zwischen einem intellektlosen Stein und einem Mandatar, so sagte er, sei

---

[186]) Vgl. v. Savigny, Geschichte des römischen Rechts, VI, S. 147.

[187]) Ueber die strafrechtlichen Folgen ließ sich Bartolus dahin aus, daß die Frage, ob der Mandant als principalis persona oder als praestans operam zu bestrafen sei, falsch gestellt sei. Der Täter hafte als principalis, der Anstifter als Anstifter und der Gehilfe als Gehilfe. Die obligatio, in die ein jeder verstrickt sei, sei für jeden pro se principalis: nec obligatio accedit obligationi, licet factum accedat facto. Aehnlich neuerdings Binding a. a. O., S. 9 ff. Ausführlich handelt über die strafrechtliche Seite der in Rede stehenden Stelle Kohler, Teilnahme und Urheberschaft, in Goltdammers Archiv für Strafrecht, Bd. 58, S. 9.

keine Aehnlichkeit[188]). Er vertrat daher auch entschieden die fiktive Natur der in dem kanonischen Satze niedergelegten Anschauung: fingitur dominus eadem persona cum suo procuratore[189]). Ja, er verstieg sich sogar zu dem Satze: magis proprie fit, quod fit per nuntium quam quod fit per procuratorem, quia minus participat de fictione[190]). Und auch von den übrigen Juristen wurde die Ansicht des Bartolus überwiegend verworfen[191]). Den Fiktionsgedanken vertrat z. B. Alexander Tartagnus, indem er bemerkte: quod quis facit per procuratorem, non dicitur quis proprie et vere facere ipse, und an anderer Stelle: qui mandat aliquid fieri, non dicitur vere facere, sed interpretative[192]). Diese Fiktion war den mittelalterlichen Juristen nicht etwa eine dogmatische Konstruktion, aus der sie die praktischen Rechtssätze herleiteten, sondern sie war lediglich eine negative Formulierung ihres Vertreterbegriffs. Sie grenzte das stellvertretende Handeln vom Boten ab, der nichts als ein Werkzeug des Herrn ist, und vom Prinzipal, der die Spitze seines Handelns ausschließlich gegen sich selber richtet.

Positiv standen die mittelalterlichen Juristen auf dem Boden der neueren Stellvertretungslehren Schloßmanns und Rosenbergs. Das Wesentliche bei der Stellvertretung war ihnen das stellvertretende Handeln, das Handeln als persona officialis, mit der Absicht, für einen andern einen Erfolg herbeizuführen[193]). Diese „inhaltliche Beschaffenheit des Verhaltens" [194]) des Vertreters bestimmt ausschließlich seinen Begriff. Die Rechtsfolgen sind mit dem Begriff noch nicht

---

188) C. 7, 45, 1 n. 12.

189) D. 19, 1, 13, 25 nova additio.

190) Consil. 3, 357.

191) Vgl. Jason, D. 41, 3, 15 pr. n. 351 ff.

192) Consil. 7, 189 n. 1; 4, 65 n. 11.

193) Schloßmann II, S. 17 f.

194) Rosenberg S. 137.

gegeben[195]). Sie knüpfen sich an Voraussetzungen, die zum Teil außerhalb der Stellvertretung liegen; nicht selten verschwindet daher der Begriff in der realen Gestaltung.

Daß dies die Lehre der mittelalterlichen Juristen war, wird sich ergeben, wenn wir im folgenden die drei schon beim Boten erörterten Momente auch für den Stellvertreter betrachten. Während sie aber beim Boten nicht nur Erkenntnismomente, sondern zugleich Begriffsmomente waren, eignet hier nur dem stellvertretenden Handeln diese Eigenschaft. Der Konsens des Herrn und die Rechtswirkung stehen außerhalb der Stellvertretung.

IV.

1. Der Erkenntnis des Anteils, den der Machtgeber an der Stellvertretung hat, hat erst Labands Entdeckung der Verschiedenheit von Vollmacht und Auftrag den Weg geebnet[196]). Zwar hat Schloßmann den Begriff der Vollmacht überhaupt abgelehnt und ihn durch das Stellvertretungsverhältnis ersetzen wollen[197]). Er ist aber damit nahezu einstimmig und mit Recht abgewiesen worden. Wollen wir untersuchen, wie sich die mittelalterlichen Juristen zu der Vollmacht gestellt haben, so ist zu fragen, ob für sie überhaupt die Möglichkeit eines Verständnisses bestand, ob auch sie bereits die Eigenart der Vollmacht gegenüber dem Auftrage erkannt haben. Diese Frage ist zu bejahen.

Bartolus geht von der römischen Definition in D. 17, 1, 14 aus[198]): mandatum nisi gratuitum nullum est; nam ori-

---

[195]) Wenn Ernst Holländer, Die gewillkürte Stellvertretung, Leipziger Dissertation, 1910, S. 5 meint, daß von der ganzen Stellvertretungslehre nichts feststehe als die unmittelbare Wirkung in der Person des Vertretenen, so dürfte das kaum zutreffen.

[196]) Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, Bd. 10, S. 203 ff. der Zeitschrift für Handelsrecht.

[197]) Stellvertretung I, S. 232 ff.

[198]) D. 17, 1, 1, 4 n. 2, 3.

ginem ex officio atque amicitia trahit. Er bemerkt: amicitia est in specie, quae hodie inter paucos est, und meint, daß hodie nullus procurator genannt werden könne, cum communiter accipiant pecuniam. Den Widerspruch löst er auf folgende Weise: Der Begriff mandatum kann in doppelter Weise verstanden werden. Einmal respectu mandantis et mandatarii. In diesem Falle muß das Mandat gratis ausgeführt werden, damit aus ihm die Mandatsklage hervorgehen kann. Zweitens aber respectu illius, contra quem agitur, seu respectu illius, contra quem quis est factus procurator. Et tunc non curo, utrum mandatum sit gratuitum vel non. Nam quantum ad istum sufficit, quod procurator habeat domini voluntatem sive per pecuniam sive quocumque modo[199]). Licet mandatum non sit gratuitum, ita quod non pariat actionem mandati inter mandantem et procuratorem, tamen dicitur mandatum respectu illius, qui agit et contra quem agitur, sine quo mandato alieno nomine agi non potest. Die begriffliche Verschiedenheit von Auftrag und Vollmacht kann kaum treffender gekennzeichnet werden. Der Auftrag wendet sich an den Beauftragten, er begründet ein Kausalverhältnis zwischen ihm und dem Auftraggeber, erzeugt zwischen ihnen Rechte und Pflichten. Die Vollmacht hingegen hat ihre Spitze in der Person des Dritten, dem gegenüber der Bevollmächtigte handelt. Sie begründet kein Kausalverhältnis, sondern ist das Bekenntnis zur Handlung des Bevollmächtigten, die Voraussetzung für deren Rechtswirksamkeit. Die übrigen mittelalterlichen Schriftsteller haben das zwar nicht mit derselben Klarheit ausgesprochen, sie wurden aber, wie sich noch ergeben wird, von derselben Anschauung beherrscht. Die Vollmacht war also für die mittelalterlichen Juristen bereits ein festumgrenztes Rechtsgebilde.

Ihre Struktur war im Mittelalter dieselbe wie im Altertum. Die Bestellung zum Bevollmächtigten, die Bezeichnung

---

[199]) Schon Petrus de Bellapertica hat in C. 2, 12 Rubr. hervorgehoben, daß das Wort mandatum in diesem Sinn nichts als die voluntas domini bedeutet.

des Inhalts der Vollmacht und die Genehmhaltungsklausel sind die drei Bestandteile, die in allen Vollmachtsurkunden und Formularen wiederkehren. Επιτρέπω σοι περὶ πάντων τῶν ἐμῶν ὡς θέλεις πραγματεύεσθαι, εἴτε πωλεῖν θέλεις εἴτε ὑποτίθεσθαι — ἐμοῦ πάντα κύρια τὰ ὑπὸ σοῦ γινόμενα ἡγουμένου καὶ μηδὲν ἀντιλέγοντός σοι πρὸς μηδεμίαν πρᾶξιν, so heißt es in der Vollmachtsurkunde, die Scaevola in seinen Responsen anführt[200]). Aehnlich lautet die Vollmachtsurkunde B.G.U. I, 300 aus dem Jahre 148 p. Chr.[201]). Insbesondere fehlt auch nicht die Ratihabitionsklausel: καὶ εὐδοκῶ, οἷς ἂν πρὸς ταῦτα ἐπιτελέσῃ. Und dieselben Wendungen finden sich in dieser oder jener Form in den mittelalterlichen Urkunden und Formularen, mögen sie gerichtliche oder außergerichtliche Handlungen betreffen. Z. B. heißt es in dem Vollmachtsformular der Notariatsschrift aus Bellunum: Johannes de Servano fecit et constituit fratrem suum ... suum certum nuncium, actorem et generalem procuratorem ... dans et concedens eidem procuratori plenam, liberam et generalem administrationem ... promittens eidem procuratori stipulanti pro se et mihi notario stipulanti et recipienti pro his, quorum interest vel interesse poterit, firmum et ratum habere et tenere quicquid dictus procurator fecerit in predictis et singulis predictorum et non contravenire ... sub hypotheca et obligatione suorum bonorum ...[202]).

Verwundern muß die Nebeneinanderstellung von mandatum und ratihabitio. Auch die mittelalterlichen Juristen haben sich darüber ausgelassen. Es wurde die Ansicht vertreten, daß die Ratihabitionsklausel etwas Besonderes bedeuten müsse, und man meinte, daß mit ihr die libera administratio konzediert werde. Dem folgte insbesondere Petrus de Bellapertica, indem er erklärte, daß die Worte aliquid operentur[203]). Die

---

[200]) D. 17, 1, 60, 4.

[201]) Vgl. Wenger S. 226; Kübler S. 216.

[202]) N. 32. Siehe auch n. 33, 35, 37, 40. Vgl. oben I. n. 45.

[203]) C. 2, 12, 10. Irrtümlich nennt Bartolus den Petrus in D. 1, 19, 1 n. 6 unter den Gegnern dieser Ansicht.

Glosse war anderer Meinung und bemerkte: haec superfeua sunt: nam praecedentia sufficiunt[204]). Ebenso erklärte Bartolus, die Klausel sei hinzugesetzt ad maiorem cautelam[205]), und Baldus schloß die Bemerkung an: si quis tamen non habet aliter mandatum, nisi quia dominus promittit habere ratum, satis est[206]). Zieht man neben diesen Zeugnissen der Praxis und der Theorie in Betracht, daß in den Stellvertretungsurkunden oft zwischen procurator und negotiorum gestor gar nicht unterschieden wurde[207]), so ergibt sich der Schluß, daß nach der mittelalterlichen Anschauung mandatum und ratihabitio nicht wesensverschieden sind. Die ratihabitio ist die inhaltliche Bestimmung und Ergänzung des Mandats. Im Mandat spricht sich der Wille, das Bekenntnis zur Tat eines andern aus. Die Ratihabition weist auf die Bindung hin, die in dieser Kundgebung liegt. Mandat und Ratihabition sind also doch nicht, wie zunächst oben behauptet worden ist, frei von einem obligatorischen Element. Beide enthalten das Versprechen des Herrn, die Vertreterhandlung für und gegen sich gelten zu lassen. Sie begründen eine, und zwar bei der Vollmacht, wenn man will, durch die Vertreterhandlung bedingte und bis zu deren Vornahme widerrufliche Verpflichtung gegenüber dem Vertreter, aber auch gegenüber dem Dritten, eine Verpflichtung, die durch Pfand und Konventionalstrafe gesichert werden kann. So erklärt z. B. der Vollmachtgeber in einer Urkunde aus Konstantinopel vom Jahre 1189: si igitur contra hanc presentem cartam commissionis ire temptavero, tunc emendare debeam cum meis successoribus vobis et omnibus

---

[204]) Gl. ratumque ad D. 3, 3, 65. Ebenso Durantis 1, 3 de procur. v. ratione n. 12.

[205]) Vgl. die n. 203 angeführte Stelle.

[206]) Theorem zu Durantis, De procur.

[207]) Rainerius hat für beide dasselbe Formular; so n. 49, 50, 51. In einer von Baldus, Consil. 5, 138 zitierten Vollmachtsurkunde heißt es: ... constituimus ... generalem procuratorem, factorem et negociorum gestorem et nuntium specialem ...

illis, quibus carta aliqua proinde alicui feceritis, et vestris ac illorum heredibus et successoribus auri libras qinque[208]). Diese Vollmachtsverpflichtung, wie man sie nennen mag, deckt sich in der Regel mit der Rechtswirkung, die die Vertreterhandlung zur Folge hat. In der Regel wird daher der Anspruch des Vertreters oder des Dritten gegen den Vollmachtgeber, die Vertreterhandlung für und gegen sich gelten zu lassen, nicht besonders als solche in die Erscheinung treten. Durch die Pfandsicherung und die Vertragsstrafe wird aber ersichtlich, daß die Vollmachtsverpflichtung praktisch über die Geschäftswirkung hinausgreift. Die oben[209]) mitgeteilte Behauptung, daß in der mittelalterlichen Vollmachtsurkunde die Anerkennung direkter Stellvertretung zum Ausdruck komme, ist danach auch nur zum Teil richtig. Denn die direkte Wirkung ist hier keine Folge der Stellvertretung, sondern der Vollmachtsverpflichtung, die Vertreterhandlung verwirklicht nur den Eintritt der direkten Wirkung. Im Prinzip der direkten Stellvertretung liegt es hingegen, daß die Vertreterhandlung die unmittelbare Wirkung für und gegen den Herrn hervorruft, während der Willensakt des Herrn diese Wirkung nur ermöglicht.

Mandat und Ratihabition einerseits, stellvertretendes Handeln anderseits sind demnach streng auseinander zu halten. Sie beeinflussen sich nicht in ihrem Bestande, sondern nur in ihrer Wirkungsweise. Schon die provençalische Summe betont an mehreren Stellen, daß die Ueberschreitung der Vollmacht die Handlung des Vertreters nicht vernichtet, sondern nur dem Herrn gegenüber unwirksam macht, und daß der Herr durch Ratihabition der Handlung ihre volle Wirkung gegen

---

[208]) Archivio Veneto XX, p. 53 n. 84. Siehe auch p. 76 n. 92. Vgl. Kohler, Encyklopädie I, S. 598 n. 1. Vgl. ferner das Formular der Notariatsschrift von Bellunum, oben n. 202; v. Voltelini n. 22, 207, 627; die bei Goldtschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts, 1891, S. 249 n. 47 angeführten Urkunden.

[209]) I n. 45, 46.

sich verleihen kann[210]). Ebenso erklärt Baldus gegenüber einer abweichenden, insbesondere von den Kanonisten vertretenen Ansicht, daß ein Fehler des Mandats durch Ratihabition ausgeglichen werden könne. Denn durch die Ratifikation werde nicht das Mandat, sondern ipsa gestio procuratoris betroffen. Da eine Handlung ratifiziert werden könne, der kein Mandat vorausgegangen ist, so könne um so mehr eine Handlung bestätigt werden, die durch ein ungültiges Mandat veranlaßt worden ist[211]). Die Wirkung der nicht ratifizierten Handlung eines falsus procurator oder negotiorum gestor hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. Aus der Stipulation erwirbt der Vertreter das Recht, wenn für ihn ein Interesse vorliegt, wenn das Geschäft ihn treffen kann[212]). Ebenso erwirbt er aus dem Realkontrakt das Recht, wenn der übergebene Gegenstand sein Eigentum war[213]). Kann der procurator nicht vice nominis fungieren, sagt Baldus, nomen appellativum vertitur in proprium[214]). Aus Verpflichtungen haftet der Vertreter, wie noch auszuführen ist, ohnehin. Bei der Tradition an den Vertreter greifen die Grundsätze der Kondiktionen und der actio furti ein[215]). Beim negotiorum gestor ging die Praxis den Schwierigkeiten aus dem Wege, indem dieser in der Regel die cautio de rato leistete und aus dieser haftete[216]). Stipulierte, was nicht selten vorkam, der

[210]) 2, 6, 18; 4, 56, 6.

[211]) Consil. 2, 417.

[212]) Vgl. Baldus, C. 4, 2, 4 n. 9; Salicetus, C. 4, 27, 1. n. 9.

[213]) Und zwar hat er die actio utilis. Vgl. Summa Trecensis 4, 2, 2; 4, 3, 2; Rogerius 4, 2.

[214]) Baldus, Decret. 1, 42 n. 27.

[215]) Dieser Punkt wurde schon frühzeitig eingehend erörtert und war ein beliebtes Feld für Distinktionen. Vgl. im einzelnen Distinctiones Tubingenses 9 bei Seckel, Distinctiones Glossatorum (Festschrift für v. Martitz, 1911) S. 303; Distinctiones Parisienses bei Conrat, Die Epitome exactis regibus, 1884, p. CCXXVII; Petrus de Bellapertica, Repet. ad. 6, 2, 19; Bartolus, D. 12, 4, 14 n. 12 f.; Baldus, D. 12, 4, 14 n. 1 f. Siehe dazu unten n. 268.

[216]) Rolandinus, Summa 1, 41 ff. Der Prozeßvertreter ohne oder

Notar als negotiorum gestor für jeden Interessenten[217]), so war, wenn dieser die Genehmigung versagte, sein Akt nichtig; er erwarb für sich kein Recht. Denn er ist nudus minister, bei ihm kann kein Recht verbleiben. Weder er noch die Gegenpartei hatten die Absicht, daß er das Recht erwerbe[218]).

Mandat und Ratihabition gleichen sich nicht nur in ihrem Verhältnis zur Vertreterhandlung, sie haben auch dieselben Voraussetzungen und dieselbe Wirkung. Einerseits kann ratihabieren post factum, wer ante factum mandieren[219]) kann, also jeder, der suo iure, als Rechtsperson zu handeln vermag. Rechtsgeschäftlich handeln kann jede geschäftsfähige Person. Daher kann der procurator negotii grundsätzlich jederzeit einen Vertreter substituieren. Der procurator iudicii hingegen handelt zunächst auf Grund fremder Rechtsbeziehung, erst nach dem Quasikontrakt der Litiskontestation wird er dominus instantiae[220]), gründet sich das Prozeßverfahren auf seine Person[221]), daher kann er erst dann einem procurator substituieren[222]). In dieser Richtung stehen der freiwillige und der gesetzliche Vertreter einander gleich[223]). Auf der

---

mit zweifelhafter Vollmacht wurde zugelassen, wenn er die cautio de rato leistete. In einzelnen Fällen, z. B. wenn eine persona coniuncta auftrat, wurde auch sie nicht gefordert. Vgl. Durantis 2, 1 de satisdation. v. viso n. 1 ff.; Bartolus, C. 2, 12, 1 n. 4, 5. Nach Petrus, Repet. ad C. 2, 12, 1, durfte der procurator mit zweifelhaftem Mandat, auch wenn er die Kaution leistete, nicht exigieren. Der Vertreter des Beklagten mußte für die Urteilserfüllung stets Kaution leisten. Vgl. Bartolus, C. 2, 12, 1 n. 9.

[217]) Siehe unten n. 251.

[218]) Vgl. Bartolus, D. 1, 7, 17, 2 n. 5; Baldus, C. 4, 2, 4 n. 9; Consil. 2, 200 n. 4.

[219]) Baldus, D. 1, 16, 4, 6 n. 2.

[220]) Vgl. Rosenberg, S. 419 f.

[221]) Baldus, C. 2, 12, 11 n. 2; C. 7, 45, 1 n. 17; Jason, D. 42, 1, 4 pr. n. 4.

[222]) Baldus, C. 2, 12, 11 n. 1—3; D. 17, 1, 9, 3 n. 1 ff. Vgl. auch unten Note 287.

[223]) Daher kann der tutor vor der Litiskontestation keinen procu-

andern Seite erfordert die Ratihabition aptitudinem rei ratificatae[224]), d. h. die stellvertretende Handlung eines falsus procurator oder eines negotiorum gestor. Ratihabitio habet locum in his, que iam sunt perfecta[225]). Der Akt eines falsus nuntius kann, wie bemerkt, nicht ratihabiert werden; denn ihm fehlt das formale principium, es ist nichts geriert, was konfirmiert werden könnte[226]). Ein falsus procurator kann in dreifacher Weise vorkommen: es ist einmal derjenige, der kein Mandat oder ein anderes Mandat hat (funditus falsus procurator), zweitens der, dessen Mandat widerrufen ist, und drittens der, dessen Mandat der erforderlichen Form ermangelt oder sonst unzureichend ist. In allen diesen Fällen ist, von wenigen Ausnahmen abgesehen, Ratihabition zulässig[227]). Die Handlung eines falsus tutor kann hingegen nicht ratihabiert werden. Mandatum tutoris non potest nasci ab agente. Haec qualitas nulla ratihabitione vivicatur, sie hat kein privilegium vitatis. Beneficia iuris et principis sunt accommodata veris qualitatibus, non fictis per ratihabitionem[228]). Ein Formfehler bei der Bestellung eines gesetzlichen Vertreters, z. B. der Mangel des Bestätigungsdekrets, kann nachgeholt werden[229]). Stellvertretendes Handeln eines negotiorum gestor liegt, wie noch zu erörtern ist, nur dann vor, wenn er alieno nomine

---

rator, sondern nur einen actor bestellen, dessen Macht auf dem decretum judicis beruht; daher können collegia abgesehen von Angelegenheiten ihres eigenen Vermögens nur einen syndicus bestellen, der cum auctoritate iudicis eingesetzt wird. Daher kann auch die civitas durch den populus congregatus, der ja nicht die gesamte Bevölkerung, sondern nur eine Repräsentation darstellt (vgl. Gierke, Genossenschaftsrecht III, 222) nur einen syndicus wählen. Vgl. Baldus, C. 2, 12, 11 n. 4 ff.

[224]) Baldus, Decret. 1, 4, 9 n. 4.

[225]) Petrus de Bellapertica, C. 4, 50, 6.

[226]) Baldus, D. 1, 16, 4, 6 n. 2; C. 6, 2, 19 n. 3.

[227]) Baldus, C. 6, 2, 19 n. 1 f.; Consilia 4, 417. Anders für den widerrufenen procurator Innocenz, Decret. 1, 3, 33 n. 4.

[228]) Baldus, Consil. 2, 15.

[229]) Baldus, Consil. 2, 417.

handelt. Handelt er suo nomine, so ist so wenig wie Vollmacht Ratihabition möglich, sondern höchstens Konsens [230] [231]).

Ratifikation und Mandat haben auch dieselbe Wirkung, da sie beide den Erfolg der Handlung des Vertreters dem Herrn zueignen. Tenor ratihabitionis, so sagt Baldus, operatur idem quod tenor mandati [232]). Diese Wirkung spricht sich insbesondere auch darin aus, daß der Herr die Handlung des Vertreters verantworten muß. Dolus und scientia des Prokurators schaden dem Herrn [233]). Seine unerlaubte Handlung fällt dem Herrn freilich nicht zur Last [234]).

---

[230]) Petrus de Bellapertica, C. 4, 26, 7. Bei Bereicherung des Herrn aus solchem Kontrakte gab Martinus die condictio indebiti, die Glosse auch die actio de in rem verso, die condictio sine causa und die actio negotiorum gestorum. Dem widersprach Petrus, C. 2, 12, 19; 4, 26, 7. Er ließ die Kontraktsklage hoc adiectione quod iussu vel alia zu.

[231]) Ratifikation und Konsens unterscheiden sich dadurch voneinander, daß die Ratifikation im Gegensatz zum Konsens eine Handlung voraussetzt, die ein factum alienum ist, im Namen des Ratifikanten geschieht und von diesem hätte geriert werden können. So Baldus, Decret. 1, 29 n. 7. Konsens erteilt der Vater iure patriae potestatis, um den Akt seines Sohnes zu firmieren, der Eigentümer, wenn jemand seine Sache veräußert oder über sie in eigenem Namen einen Kontrakt schließt. So Baldus, C. 6, 9, 1 n. 22. Bartolus, D. 13, 7, 20 n. 1 entscheidet zwar ebenso wie Baldus, hat den Unterschied von Ratifikation und Konsens aber nicht so klar erfaßt. Er meint, jemand könne zu seinem Präjudiz ratihibieren, auch was nicht in seinem Namen geschehen ist, z. B. pignus invalidum confirmare. Vgl. auch Bartolus, D. 3, 5, 14 n. 2. Nach Petrus de Bellapertica, C. 3, 32, 3 hat der Eigentümer gegen den Käufer die actio praescriptis verbis oder die actio in factum ad iustum pretium rei sue, während ihm Martinus die actio negotiorum gestorum auf den vereinbarten Preis gab. Die Ansichten gingen in diesem Punkte weit auseinander.

[232]) Decret. 1, 42 n. 27. Vgl. C 6, 9, 1 n. 34.

[233]) Vgl. hierzu neuerdings das Urteil des Reichsgerichts vom 16. März 1911, Entsch. Bd. 76, S. 108.

[234]) Baldus, D. 14, 4, 3, 1; eod. tit. 5; Decret. 2, 6, 1 n. 10; Consil. 1, 90. Für den gesetzlichen Vertreter haftet der Herr entsprechend den Quellen nicht.

Trotz ihrer Wesensgleichheit sind Mandat und Ratihabition jedoch nicht identisch. In ihnen wohnt derselbe Kern. Dieser Kern hat aber zwei Hüllen. Es sind zwei verschiedene Rechtsgebilde, von denen jedes seine besondere rechtliche Natur hat.

2. Die Ratihabition ist nach Bartolus ein reiner Willensakt des Ratihabierenden und wird wirksam, ohne daß sie dem Vertreter oder dem anderen Teile zuzugehen braucht[235]). Durch Fiktion hat sie rückwirkende Kraft[236]). Denn es wird fingiert, daß der Herr zur Zeit und am Ort der Vollziehung des ratifizierten Aktes gegenwärtig ist[237]). Maßgebend ist daher Ort und Zeit des Vertragsschlusses, nicht der Ratihabition[238]). Der Fiktion sind aber mehrfach Schranken gesetzt. Kann der Akt zur Zeit der Ratihabition nicht mehr vorgenommen werden, so ist auch die Ratihabition unwirksam[239]). Und weiter dürfen durch die Ratihabition Rechte Dritter nicht beeinträchtigt werden. Hat z. B. der Herr die von dem Vertreter verkaufte Sache vor der Ratihabition an einen Dritten weiterverkauft, so bleibt der Verkauf an den Dritten auch der Ratihabition gegenüber wirksam[240]). Als Besonderheit vermerkt Placentin in Konsequenz des oben angeführten Grundsatzes: tutoris ratihabitionem retro non trahi[241]).

3. Die rechtliche Natur der Vollmacht war den mittelalterlichen Juristen nicht so durchsichtig. Dem Dinus lag folgender Fall zur Begutachtung vor[242]): Mehrere Kaufleute trieben gemeinschaftlich in Lucca Handel. Ein anderer Kaufmann namens F hatte seine Handelsniederlassung in England und schloß dort mehrere Jahre hindurch in seinem und im

---

[235]) D. 3, 5, 14 n. 2.

[236]) Baldus, Decret. 1, 49 n. 4.

[237]) Baldus, D. 46, 3, 71, 1 n. 2.

[238]) Baldus, D. 1, 16, 4, 6 n. 14.

[239]) Baldus, eod. loco und n. 16.

[240]) Bartolus, D. 13, 7, 20 n. 2; Baldus, D. 1, 16, 4, 6 n. 14.

[241]) Institutiones (Moguntiae 1535) 1, 19.

[242]) Dini Muxellani Consilia (Lugduni 1551) 18.

Namen der Handelsgesellschaft in Lucca Geschäfte ab. Nach einiger Zeit bestellten die Gesellschafter in Lucca in einer notariellen Urkunde den F und jeden von ihnen solidarisch zu procuratores generales, ohne dem F davon Kenntnis zu geben. F kontrahierte dann noch 3 Monate hindurch mit Jacobus in seinem und im Namen der Gesellschafter. Wegen seiner Forderungen aus diesen Geschäften verklagte Jacobus die Gesellschaft. Diese wendete unter anderem ein, F habe nicht als procurator kontrahiert, weil er zur Zeit des Geschäftsabschlusses von seiner Bestellung zum procurator nichts gewußt habe. Dinus wies diesen Einwand zurück. Er unterschied unter Berufung auf die römischen Quellen, ob es sich um das Präjudiz dessen handelt, bei dem entschuldbare Unkenntnis vorliegt, oder um das Präjudiz dessen, bei dem Kenntnis oder nicht entschuldbare Unkenntnis vorliegt. Im ersten Fall ließ er den Einwand gelten, im zweiten nicht. Denn, so meinte er, Unkenntnis des eigenen Tuns sei non tolerabilis. Dinus hielt also die Vollmachtserteilung für ein einseitiges, nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Dem widersprach Bartolus[243]). Er ging, wohl veranlaßt durch den Ausdruck mandatum, davon aus, daß die Vollmacht durch Konsens erteilt werde, und verlangte daher, daß der Vollmachtgeber den Vertreter durch Boten oder Brief benachrichtige[244]). Andernfalls habe der Vertreter nicht das exercitium officii procurationis. Eine Annahmeerklärung des Vertreters hielt Bartolus, wie es scheint, nicht für erforderlich. Einen mittleren Standpunkt vertrat Baldus, ohne freilich zu rechter Klarheit zu kommen. Er hielt die Vollmacht auch für einen Kontrakt, wies aber unter Berufung auf D. 3, 3, 1, 3 darauf hin, daß zur Essenz des Kontrakts kein Bote oder Brief gefordert werde, fand dies freilich verwunderlich[245]). Er ent-

---

[243]) Consilia (Lugduni 1514) 73; D. 3, 5, 5, 3 (1) n. 6.

[244]) Ebenso schon Accursius, Gl. procuratori ad D. 46, 3, 12.

[245]) D. 3, 3, 1, 3.

schied hier dahin [246]), daß der Vertreter das Mandat ratifizieren müsse, wenn er davon Gebrauch machen wolle. Ratifizieren aber könne er es nur dann, wenn er es von irgend einer Seite her kenne. Die Ratifikation geschehe z. B. schon durch Annahme der Vollmachtsurkunde. An anderer Stelle entschied Baldus [247]), daß die Vollmachtserteilung schon durch die Bestellung, aber auch durch communis consensus perfiziert werden könne. Wo eine certa forma innegehalten werden müsse, komme die Vollmacht erst mit dem Empfang der Botschaft oder des Briefes, ex praesentatione et communi consensu zustande. Im übrigen aber werde im Zweifel der Bote nicht ad substantiam actus, sed ad notificationem geschickt. Dann komme es nur darauf an, daß der Vertreter die Vollmacht kennt, es sei aber gleichgültig, woher er sie kennt. Im Grunde hielt also Baldus die Vollmachtserteilung so, wie sie gewöhnlich geschieht, ebenso wie Dinus für ein einseitiges, nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Die Kenntnis des Vertreters ist nach ihm keine Voraussetzung wirksamer Vollmachtserteilung, sie berührt nur die Wirkung des stellvertretenden Handelns [248]). Auch die Praxis verlangte zur Vollmacht nicht die Mitwirkung des Vertreters oder des Dritten [249]). Sie war aber noch in der antiken Anschauung befangen, daß zu allen Rechtsgeschäften eine Gegenpartei erforderlich ist, und hatte sich wohl noch nicht zu dem Gedanken durchgerungen, daß eine Verpflichtung, wie sie in der durch Pfand oder Konventionalstrafe gesicherten Vollmacht lag, durch eine

[246]) n. 1, 2.

[247]) C. 6, 2, 19 n. 16.

[248]) Im Theorem zu Durantis de procur. bemerkt Baldus, daß der Vertreter dem Dritten gegenüber, der die Vollmacht bestreitet, erst nach Empfang des Vollmachtsinstruments wirksam handeln könne, daß aber dem Herrn gegenüber seine Handlung wirke, auch wenn er von der Vollmacht noch keine Kenntnis habe. Vgl. auch Tartagnus, Consil. 5, 146 n. 34.

[249]) Summa Notariae annis 1240—1243 Aretii composita (Bibl. iur. med. aevi III) n. 48: constituitur in absentia et in presentia.

einseitige Erklärung begründet werden kann[250]). Sie ließ daher den Notar bei der Vollmachtserteilung nicht bloß als Urkundsperson mitwirken, sondern ihn das Versprechen des Vollmachtgebers namens aller Interessenten empfangen[251]).

Die Vollmacht begründet die durch die Vertreterhandlung bedingte Verpflichtung des Vollmachtgebers, die Wirkung der Vertreterhandlung für und gegen sich gelten zu lassen. Ihre Kehrseite liegt in dem entsprechenden Anspruch des Vertreters, zu dessen Geltendmachung jedoch selten eine Nötigung vorliegen wird und über den die heutige Rechtslehre einfach hinweg gegangen ist. Die Frage ist, ob die Vollmacht darüber hinaus noch eine Rechtswirkung in der Rechtssphäre des Vertreters auslöst. Die Römer sprechen hier von einer potestas, einer facultas, die der Vertreter durch die Vollmacht erhält[252]). Diese Aussprüche wurden der Ausgangspunkt für die vielen Erörterungen darüber, ob die Vollmacht dem Vertreter eine Macht gewährt, ein rechtliches Können, ein Gestaltungsrecht, wie man neuerdings will[253]). Auch die mittel-

---

[250]) Vgl. Paulus de Castro, D. 2, 14, 1, 1 n. 4. Der spanische Gerichtshof zu Granada entschied hingegen im Hinblick auf C. 8, 53, 35, 5 und auf Grund des spanischen Königsrechtes, daß der Schenker durch seine einseitige Willenserklärung verpflichtet werde. Vgl. Larrea, Novae Decisiones Sacri Regii Senatus Granatensis (Turnoni, Sec. Edit. 1647), 91 n. 13, 16, 19.

[251]) Vgl. v. Buchka S. 155, 133; v. Voltelini S. 138; Rosenberg S. 406 n. 2. Im römischen Recht schloß der servus publicus Rechtsgeschäfte ab. Das Mittelalter warf den tabellio mit diesem zusammen. Vgl. Pfaff, Tabellio und tabularius, 1905, S. 24 ff. Das Verständnis für den Unterschied war aber noch nicht ganz verschwunden. Johannis Viterbiensis bemerkt in seinem Liber de regimine civitatum (Bibl. iur. med. aevi III) n. 115: et licet olim servi vere essent notarii, hodie tamen liberi esse debent. Ueber die Mitwirkung der Notare bei Sühneverträgen vgl. Bartolus, D. 49, 14, 1 n. 11.

[252]) Vgl. Schloßmann I, S. 240 n. 1.

[253]) Vgl. Hupka, Vollmacht, 1900, S. 22; Flatau, Ist die Vollmacht abstrakt oder kausal? (Gruchots Beiträge Bd. 52) S. 763; Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, S. 428 f.; v. Tuhr, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts, 1910, S. 163 n. 11, 164 ff.

alterlichen Juristen sprechen häufig davon, daß dem Vertreter eine potentia, die executio des officium procurationis erteilt werde[254]). Baldus meint, daß diese potentia tanquam virtus sei, die in den Vertreter hineingelegt werde[254]). Alle diese Ausdrücke waren aber kaum mehr als bildhafte Zusammenfassungen des Vollmachtsinhalts und sollten nicht ein darüber hinausgehendes Recht bezeichnen. Dennoch prägt sich in zwei bereits mitgeteilten Aeußerungen der Gedanke aus, daß die Vollmacht mehr als die Ratihabition ist. Denn wenn Bartolus sagt, quod procurator habeat domini voluntatem[255]), und wenn Baldus bemerkt: wer einen procurator schickt, transfert consensum suum in procuratorem[256]), so weisen beide darauf hin, daß der Herr mit der Bevollmächtigung schon ein wesentliches Moment des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes, die Konsenserteilung vollzieht. Indem er es dem Vertreter überläßt, den rechtsgeschäftlichen Tatbestand zu vervollständigen, indem er es in sein Ermessen stellt, ob er dem erteilten Konsens rechtliche Wirkung verschaffen will, hat er dem Vertreter zwar kein Recht verliehen, insbesondere kein Recht für ihn zu handeln[257]), auch keine rechtliche Macht, insbesondere keine Verfügungsgewalt, aber er hat es ermöglicht, daß der Vertreter durch sein Handeln für ihn Rechte und Pflichten begründet. Die Vollmacht ist, worauf man schon hingewiesen hat[258]), insoweit in der Tat einer Offerte ähnlich. Ihre Annahme erfolgt bei einseitigen Rechtsgeschäften durch die Handlung des Vertreters, bei Verträgen durch das Zusammenwirken von Vertreter und Dritten. Die Annahme hat zur Folge, daß der

---

[254]) Bartolus, oben n. 243; Baldus, C. 4, 25 R.; Theorem zu Durantis de procur.

[255]) Oben n. 198.

[256]) Oben n. 183.

[257]) Die Vertretungsbefugnis, das Handelndürfen, gehört danach nicht, wie Flatau S. 764 ff. ausführt, der Vollmacht, sondern dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis an.

[258]) Bekker, Jherings Jahrbücher 49, S. 3; v. Tuhr S. 163 n. 11.

Herr verpflichtet ist, die Handlung für und gegen sich gelten zu lassen. Aber anderseits unterscheidet sich die Vollmacht von der Offerte dadurch, daß sie keine bindende Kraft hat und daß es nicht einer Annahme bedarf, damit sie zu einem abgeschlossenen Rechtsakte wird[259]).

Die Vollmachtswirkung, d. h. die Möglichkeit, daß der Vertreter durch seine Handlung den Herrn zur Genehmhaltung verpflichtet, erlischt durch den Tod des Vertreters, dadurch, daß er flüchtig wird oder verbannt wird, überhaupt durch Aenderung seiner conditio. Der Herr braucht hiervon den Gegner nicht zu benachrichtigen, da er nur seine eigenen Handlungen zu kennen braucht[260])[261]). Gerade für die Gesellschaft, so meinte Baldus, ist es wichtig, daß das Mandat des Handelsbevollmächtigten durch seine Flucht ohne weiteres für widerrufen gilt. Auf der anderen Seite erlischt die Vollmacht durch den Tod des Herrn und durch Widerruf[262]). Der Widerruf ist nach Baldus ein einseitiges, nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft und bringt das Mandat zum Erlöschen. Damit er wirksam wird, bedarf es jedoch der Noti-

---

[259]) Mit diesem Gedanken berührt sich die Konstruktion Holländers in seiner oben genannten, mir übrigens erst nach Abschluß dieser Arbeit bekannt gewordenen Dissertation. Holländer sieht aber in der Vollmacht eine vertragsähnliche Vereinbarung zwischen dem Vertretenen, dem Vertreter und Dritten, eine Vereinbarung, die durch die Vornahme des Geschäfts zustande kommt; bei seiner Ablehnung wird die Vollmachtserteilung hinfällig. Mir erscheint die Vornahme des Geschäfts nur als eine Bedingung für den Eintritt der Rechtswirkungen der Vollmacht.

[260]) Baldus, D. 12, 1, 11, 2; C. 4, 35, 15 n. 24.

[261]) Petrus de Bellapertica erörtert bei C. 6, 2, 19 folgenden Fall: Der Herr bestellt einen procurator. Bei seinem Weggange ist dieser optime vite et conversationis. Postea fit pessimus ribaldus et omnia ludit. Petrus meint, diese Wesensänderung des Vertreters habe zwar nicht den Widerruf des Mandats zur Folge. Der Schuldner aber, der sie kennt oder kennen muß, werde durch die Zahlung an den Vertreter nicht befreit.

[262]) Baldus, D. 3, 3, 65 n. 9.

fikation. So wie nach dem Untergange der Sonne Wirkungen zurückbleiben, wie z. B. die Wärme, die die Sonne dem Stein oder dem Erz mitgeteilt hat, ebenso bleibt auch das erloschene Mandat wirksam, wenn sein Widerruf nicht bekannt gegeben wird[263]). Nach dem Vorgange des Petrus de Bellapertica unterschied man hierbei das Verhältnis des Herrn zum Vertreter und zum Dritten[264]). Für den Vertreter darf die revocatio nicht captiosa sein; er darf keinen Schaden erleiden, sein entgangener Gewinn wird nicht berücksichtigt. Der Kaufvertrag, den der Vertreter ohne Kenntnis des Widerrufs abgeschlossen hat, bindet daher den Herrn. Für das Verhältnis zum Dritten kam es nach Petrus auf die Art des stellvertretenden Handelns an. Handelt der Dritte contemplatione solius procuratoris, so genügt die Benachrichtigung des Vertreters, damit die Handlung dem Herrn gegenüber unwirksam bleibt. So z. B. wenn der Vertreter den Auftrag erhält, dem Herrn auf dem Wochenmarkt ein Pferd zu kaufen. Handelt der Dritte jedoch contemplatione domini, z. B. wenn der Vertreter dem Geschäfte des Herrn präponiert ist, so ist zu unterscheiden zwischen der Begründung und der Erfüllung von Schuldverhältnissen. Im ersteren Falle ist der Dritte grundsätzlich zu benachrichtigen, wenn der Widerruf wirken soll. Das ist jedoch, wie Baldus im Anschluß an Martinus Syllimani anführt, nur bei einem mandatum ad certam personam möglich. Wird die Vollmacht ad incertam personam erteilt, so genügt öffentliche Bekanntmachung und zwar gelten bei einem procurator localis die von Ulpian für den römischen institor in D. 14, 3, 11, 3 aufgestellten Grundsätze[265]). Für den Fall hingegen, daß der procurator in toto mundo bestellt ist, meinte ein Florentiner Advokat in einem Gutachten, daß der Herr kein anderes Auskunftsmittel habe, als den Vertreter

---

[263]) Baldus, C. 6, 2, 19 n. 16.

[264]) Vgl. Cinus, C. 4, 35, 15 n. 4, 6; Baldus eod. loc. n. 28 ff.; Salicetus eod. loc. n. 18.

[265]) Vgl. Baldus, D. 3, 3, 65 n. 9; Decret. 1, 3, 33 n. 4.

zu ermorden, damit der Dritte nicht unter dem Vorwande der Vollmacht getäuscht werde. Nicht mit Unrecht nannte Baldus dieses consilium falsum et inutile. Er selbst gab aber auch keine klare Entscheidung. An der einen Stelle meinte er, es genüge, wenn der Widerruf dem procurator bekannt gegeben werde, weil sonst das Mandat unwiderruflich sei, an der andern Stelle aber sagte er, der Herr müsse den Widerruf bekannt machen, wo er es könne. Wenn er es nicht vermag, so müsse er es sich selbst zurechnen, daß er den Mund so voll genommen habe (effuso sermone loquitur)[266]. Bei den Zahlungsgeschäften unterliegen die aktiven und passiven Geschäfte verschiedener Behandlung. Zahlt der Schuldner dem Vertreter des Gläubigers, ohne den Widerruf seiner Vollmacht zu kennen, so wird er favore liberationis befreit[267] und zwar, wenn der Vertreter gutgläubig ist, ipso iure, wenn er bösgläubig ist, ope exceptionis[268]. Im ersteren Falle erwirbt der Herr mit der Ratihabition das Eigentum an dem gezahlten Gelde. Im zweiten Falle hat der Herr gegen den bösgläubigen procurator die actio furti, der Schuldner die condictio furtiva, die er aber dem Gläubiger abtreten muß, wenn er die exceptio geltend machen will[269]. Hierher gehört auch die Anweisung, die

[266]) Der Widerruf der Prozeßvollmacht muß allen drei Beteiligten, dem Richter, dem Gegner und dem Vertreter bekannt gemacht werden, damit der processus nullus ist. Nach der Glosse ist das iudicium aber auch nullum, wenn nur der Richter den Widerruf kennt. Ist er nur dem Gegner bekannt, so ist das Urteil zwar wirksam, der Gegner darf aber keinen Vorteil aus ihm ziehen. Hat nur der Vertreter von ihm Kenntnis, so hinkt das iudicium, das Urteil darf dem Herrn keinen Vorteil bringen. Vgl. Innocenz, Decret. 1, 3, 33 n. 3; Baldus, C 2, 56, 1. Siehe auch Rosenberg, S. 413.

[267]) Das wird auf Grund D. 46, 3, 12, 2 überall ausgesprochen. Vgl. z. B. die provençalische Summe 8, 51 n. 5, 6; Petrus de Bella pertica, Repet. ad C. 6, 2, 19.

[268]) Distinct. Tubing. 9; Azo, C. 4, 4 n. 21; Baldus, D. 12, 4, 14 n. 4; C. 6, 2, 19 n. 16; 8, 42, 4 n. 3; 8, 42, 12 n. 1.

[269]) Vgl. im einzelnen Distinct. Tubing. 9; Rogerius, C. 4, 5; 8, 34; Summa Trecensis 8, 38; Die provençalische Summe 8, 41 n. 6;

Baldus als Doppelmandat auffaßt, als Zahlungsvollmacht des Schuldners und Empfangsvollmacht des Vertreters. Der Widerruf ist nur wirksam, wenn auch dem Schuldner gegenüber sein mandatum in solvendo widerrufen wird [270]. Zahlt anderseits der Vertreter des Schuldners, ohne den Widerruf der Vollmacht zu kennen, so ist die Zahlung aus Mitteln des Vertreters wirksam, da jeder auch wider den Willen des Schuldners den Gläubiger befriedigen kann. Der Vertreter muß sich mit der actio negotiorum gestorum gegen den Herrn begnügen. Zahlt er hingegen aus den Mitteln des Schuldners, so überträgt er nach Salicetus im Hinblick auf D. 12, 1, 41 kein Eigentum, während Petrus de Bellapertica auch hier den favor liberationis für wirksam erklärt haben soll [271]. Zulässig endlich ist der Widerruf, solange res integra ist, d. h. solange das negotium nondum inchoatum est per aliquid, quod sit de substantia et de esse negotii [272] [273], und solange die lis non contestata est, da mit der Litiskontestation das dominium instantiae dem procurator zufällt [274].

Azo, C. 4, 4 n. 21; Petrus de Bellapertica, C. 6, 2, 19; Bartolus, D. 12, 4, 14 n. 4. Freilich wird der Gegenstand nicht überall mit gleicher Ausführlichkeit und Präzisität behandelt.

[270] D. 46, 3, 34, 3 n. 1.

[271] Salicetus, C. 4, 35, 15 n. 38.

[272] Baldus, Decret. 1, 3, 33 n. 17, wohl im Anschluß an Petrus de Bellapertica, C. 4, 35, 15.

[273] Schon zwischen Martinus und Bulgarus war der Fall streitig, daß der Vertreter ein Grundstück verkaufte, der Herr aber vor der Tradition die Vollmacht widerrief und das Grundstück einem anderen übergab. Nach Bulgarus wurde dieser andere Eigentümer, wenn der Vertreter von dem Widerrufe schon vor der Bezahlung des Kaufpreises benachrichtigt worden ist. Anders Martinus. Vgl. Quaestiones Dominorum Bononiensium aus der Prager Handschrift n. 4603 (Bibl. iur. med. aevi I), n. 1 = Haenel, Dissens. Dom., adcessio III, § 13.

[274] Baldus, C. 2, 12, 22 n. 1; 23. Besondere Gründe lassen den Widerruf nach der Litiskontestation zu, z. B. Verfeindung mit dem Herrn, Verschwägerung mit dem Gegner, weite Reise, Verhaftung oder eine andere rationabilis causa. Vgl. Bonifacius VIII, c. 2 VI, 1, 19 siehe auch Rosenberg S. 412.

Für den Umfang der Vollmacht gab es mehrere Typen, die aber die Besonderheit des einzelnen Falles nicht in sich aufzehrten. Entscheidend ist nicht die Wahl der Bestellungsworte, sondern der mit ihnen verbundene Sinn. Legistae faciunt vim in nominibus propter significata, non propter voces[275]. Bestellt jemand einen tutor ad lites et ad causas, so ist darunter ein procurator zu verstehen[275]. Bestellt er einen procurator ad negotiationem quaestuariam, so ist es ein Institor[276]. Bei der rechtsgeschäftlichen Vollmacht unterschied man vornehmlich die Generalvollmacht und die Spezialvollmacht. Die weitgehendsten Befugnisse hatte der Generalprokurator cum libera. Er kann alles tun, was der Herr gewöhnlich tut und was de consuetudine et de exercitio illius mandati ist[277]. Eine Schranke ist ihm in dem gesetzt, was illicitum ist; daher kann er z. B. kein indebitum mit rechtlicher Wirkung gegen den Herrn zahlen[278]. Auf dem Boden des Rechts aber kann er sich ungehindert betätigen. Seine confessio bindet den Herrn[279]. Nur Schenkungen sind ihm untersagt[280]. Das Generalmandat sine libera kann den verschiedensten Umfang haben, erstreckt sich freilich niemals auf dilapidationes oder maleficia[281]. Auch hier gab es zahlreiche typische Regelungen. Häufig ist die schon im Altertum vorkommende Bestellung, daß der procurator alles tun kann, was der Herr tun könnte, wenn er gegenwärtig wäre. Ein solcher General-

---

275) Baldus, Decret. 1, 39 Rub. n. 1.

276) Joannes Faber, Institutiones (Lugdun. 1565), 4, 7, 1 n. 9.

277) Baldus, Consil. 3, 131.

278) Näheres bei Baldus, D. 12, 6, 6.

279) Baldus, C. 8, 41, 4. Allerdings sah die herrschende Lehre in dem bloßen Empfangs- oder Schuldbekenntnis, das des Zahlungsversprechens ermangelte, keine obligatio, sondern nur eine debiti probatio. Vgl. Petrus de Bellapertica, J. 3, 21; Joannes Faber, J. 4, 7, 1 n. 12; Philippus Decius, D. 12, 1, 2, 3 n. 14 ff.

280) Baldus, C. 8, 41, 4. Es war freilich nicht unbestritten. Vgl. Baldus, Decret. 1, 39 n. 14.

281) Baldus, C. 6, 60, 1 n. 15; 7, 65, 2 n. 3.

prokurator darf in der Regel nicht veräußern[282]. Kann der Vertreter Eigentum verkaufsweise übertragen, wie z. B. der factor mercatorum, so darf er den Kaufpreis kreditieren[283]. In zahlreichen Fällen — Baldus zählt deren 37 auf — bedarf es einer Spezialvollmacht, z. B. zur Eheschließung, zum Eheprozeß, zur collatio beneficii, zum Zahlungsempfang des Prozeßbevollmächtigten[284]. Streitig war der Umfang des mandatum ad exigendum. Nach der einen, insbesondere von Durantis vertretenen Ansicht sind agere und exigere identisch. Das mandatum ad exigendum bedeutet danach nichts anderes als die Prozeßvollmacht, im Hinblick auf D. 2, 14, 13 pr. kann mithin der procurator ad exigendum die freiwillige Zahlung seitens des Schuldners nicht entgegennehmen. Nach der anderen Ansicht, der Cinus, Bartolus, Baldus anhingen, sind agere und exigere etwas Verschiedenes. Exigere heißt eintreiben. Der Zahlungsempfang durch einen bloßen procurator ad exigendum wird durch keine Vorschrift gehindert. Dagegen kann er weder stunden, noch die Schuld erlassen oder sich auf die Entgegennahme einer confessio beschränken[285].

Die Vollmacht gibt dem Vertreter kein Recht, das er übertragen könnte. Wie betont, kann er aber kraft seiner Eigenschaft als Rechtsperson sich einen Vertreter bestellen und auf diesen seinen Konsens übertragen. Die Handlung des Unterbevollmächtigten ist dem Herrn gegenüber wirksam, sofern nicht gerade die industria singularis vel fides des Vertreters ausgewählt worden ist, wie beim Eheschluß, bei der Veräußerung, beim Zahlungsempfang[286]. Auch beim Prozeß-

[282] Baldus, Consil. 5, 138; Decret. 2, 6, 1 n. 10; C. 6, 60, 1.

[283] Baldus, C. 3, 32, 12 n. 3.

[284] J. 4, 11.

[285] Vgl. Baldus, D. 2, 14, 12 n. 4; 13, 14 n. 2; C. 2, 12, 8 n. 2; 6, 2, 19 n. 5; 8, 41, 4.

[286] Petrus de Bellapertica erzählt zu C. 2, 12, 11 den Fall, daß ein socius dem anderen den Verkauf seiner Bücher kommittierte. Dieser substituierte sich jemanden, qui libros vendidit et male eos vendidit. Petrus entschied, daß der Verkauf nicht gültig war.

vertreter wird nach Petrus de Bellapertica die industria persone ausgewählt; doch will Petrus damit anscheinend nur die Unzulässigkeit der Substitution vor der Litiskontestation rechtfertigen[287]. Im Zweifel kann der Generalprokurator sowie der Spezialprokurator mit einer fest umgrenzten Vollmacht substituieren[288]. Neben dieser Substitution als persona principalis, also suo nomine, die auf Gefahr des Prokurators geht, gibt es eine Substitution alieno nomine, kraft einer besonders verliehenen potestas substituendi. Sie ist auch keine Uebertragung der Vollmacht, sondern nur die Ausübung einer in ihrem Umfang erweiterten Vollmacht[289]. Während aber im ersteren Falle der Substituent procurator bleibt, daher die Untervollmacht widerrufen werden kann, erlischt die Vollmacht im zweiten Falle in der Regel mit der Substitution. Beim Generalmandat hat Baldus sich allerdings nicht fest entschieden. Der gesetzliche Vertreter, der in partem substituiert, kann widerrufen. Die Widerrufsbefugnis wird im procuratorium durch die Klausel ad revocandum et substituendem vorbehalten[290].

Die Vollmacht darf keinen Widerspruch in sich enthalten. Non potest quis esse unus et idem procurator. Nemo potest duobus dominis contrariis servire. Daher kann der von mehreren Kanonikern bestellte Wähler nicht verschiedene Personen wählen. Daher kann auch nicht dieselbe Person procurator sponsi et sponsae ad matrimonium contrahendum sein[291]. Ebensowenig kann der Vertreter gegen seinen Substituten, z. B. der tutor gegen den von ihm eingesetzten actor klagen[292].

---

[287]) C. 2, 12, 11. Vgl. oben Noten 220 ff.

[288]) Vgl. Baldus, C. 2, 12, 8 n. 4; 17, 1, 9, 3 n. 4. Die Unzulässigkeit der Unterbevollmächtigung schließt die Bestellung eines Boten nicht aus. Vgl. Alexander Tartagnus, C. 2, 12, 8 n. 9.

[289]) Diese Rechtsform hat Hupka S. 351 ff. nicht erörtert.

[290]) Baldus, D. 17, 1, 9, 3 n. 4; nova additio n. 8.

[291]) Baldus, D. 3, 3, 42, 6 n. 1, 2.

[292]) Baldus, D. 1, 7, 3 n. 12.

Eine Ausnahme gilt nur für den tutor, der sich selbst Geld seines Mündels leihen kann, ferner für Geldschulden, die der Vertreter an sich selbst berichtigen kann[293].

Bewiesen wird die Bevollmächtigung durch Urkunden, auch durch Zeugen. Auch der Beweis des Widerrufs kann durch Zeugen geführt werden[294]. Die Aushändigung der Vollmachtsurkunde begründet zwar, wie oben erwähnt worden ist, nicht die Vollmacht[295], ermöglicht aber oft erst ihre Ausübung. Einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte sind unwirksam, wenn der Vertreter nicht sein Mandat offenlegt[296]. Aber auch bei zweiseitigen Akten muß er auf den Widerspruch des Gegners die Vollmachtsurkunde vorzeigen[297].

Hinsichtlich der Fälschung einer Einziehungsvollmachtsurkunde lehrte man folgendes: Der Genusschuldner wird nicht befreit, da er auch für Zufall haftet. Die Haftung des Speziesschuldners richtet sich danach, ob er nach dem Vertrage für dolus, culpa lata oder culpa levis haftet. Der gutgläubige Prokurator haftet bis zur Bereicherung, ist aber gehalten, seine actio generalis in factum vel de dolo contra detinentem zu zedieren[298].

V.

1. Stellvertretendes Handeln gibt es nur dort, wo ein negotiari stattfindet, ein rechtsgeschäftliches Tun. Wer zur Beaufsichtigung von Arbeiten oder zur Anleitung von Lehr-

---

[293]) Baldus, D. 12, 1, 15 n. 11, 12.

[294]) Baldus, C. 1, 15, 1 n. 3.

[295]) Eine andere Frage ist, ob in der Uebergabe der Schuldurkunde die Ermächtigung zur Einziehung liegt. Traditio instrumenti, so sagt Baldus, Consil. 1, 90, habet vim singularis mandati. Vgl. dazu Fränkel, Bd. 68, S. 299 der Zeitschrift für Handelsrecht.

[296]) Baldus, C. 3, 32, 17 n. 3.

[297]) Baldus, Theorem zu Durantis de procur.; Tartagnus, Consil. 5, 146 n. 34.

[298]) So Petrus de Bellapertica, C. 6, 2, 19. Vgl. auch Cinus, C. 6, 2, 19 n. 9; Baldus eod. loco.

lingen angestellt ist, der Gastalde, der ein Landgut zu verwalten hat, der sacrista ecclesiae, der prior claustralis, der guardianus altarium, sie alle sind keine Stellvertreter, keine procuratores im eigentlichen Sinne[299]).

Stellvertretendes Handeln ist ein exercitium, eine opera; es ist daher unmöglich, wo sich der Rechtsakt bereits in der Willensäußerung des Herrn erschöpft[300]). Dieser Satz wurde insbesondere bei Erörterung der hereditatis aditio hervorgehoben. Schon Azo meinte, daß die hereditatis aditio in solo animo bestehe, also bereits mit der Vollmachtserteilung vollzogen sei[301]). Nach der überwiegenden Meinung der mittelalterlichen Juristen ist daher für die Stellvertretung hier kein Raum[302]). Der procurator, so sagt Baldus, non potest mihi adeundo titulum duplicare nec deliberando suspendere nec repudiando rescindere[303])[304]). Dabei verstand man unter solus animus etwa das, was Lenel mit Willensbetätigung[305]), Manigk mit Willensgeschäft[306]) bezeichnet. Nuda voluntas, so heißt es bei Paulus de Castro[307]), est ea, quae est animus tantum et sic nuda a voluntate alterius vel praesen-

---

[299]) Joannes Faber, J. 4, 7, 1 n. 8; Baldus, C. 4, 25 Rub. n. 14.

[300]) Baldus, D. 29, 2, 6 n. 4; 29, 2, 20 n. 1.

[301]) Sum. Cod. 6, 30.

[302]) Als zweites Argument gibt die Glosse an, daß die hereditatis aditio ein solenner Akt des ius civile ist. Vgl. Baldus, D. 29, 2, 6 n. 4. Ebenso später Godofredus. Vgl. darüber v. Ledensteger-Falkenegg, Die Entwicklung der Stellvertretung im römischen Recht und den lateinischen Quellen. Erlanger Dissertation 1902, S. 77.

[303]) C. 6, 9, 1 n. 34.

[304]) Mühlenbruch, Erläuterung der Pandekten von Glück, Bd. 42, 1841, S. 408 f., bekämpfte diese Ansicht durch den Hinweis darauf, daß die hereditatis aditio des Vertreters mit rückwirkender Kraft ratihabiert werden könne. Wohl zutreffender schloß Baldus umgekehrt von der Unmöglichkeit des Mandats auf die Unzulässigkeit der Ratifikation. Vgl. C. 6, 9, 1 n. 34.

[305]) Jherings Jahrbücher 36, S. 4.

[306]) Willenserklärung und Willensgeschäft 1907, S. 255.

[307]) D. 29, 2, 88 n. 7.

tia[308]. Der nicht geäußerte Wille wurde auch von den mittelalterlichen Juristen rechtlich nicht beachtet. Ex sola destinatione animi, si non est processum ad exteriora, quis non obligatur nisi solo Deo, cui animus notus est[309]. Neben dem interior animi motus, so meinte Baldus[310], sei ein actus exterior notwendig; nam consilium in corde retentum non facit quem haeredem, quia consensus mentalis tantum neque verbo neque facto demonstratus non accommodatur actibus hominum nec reddit actus ipsos essentialiter perfectos[311].

Auf der anderen Seite ist stellvertretendes Handeln unzulässig bei Akten, die neben dem Konsens oder der Ratifikation verlangen, daß der Herr aliquid agat, wie Bartolus sagt, oder die consensus und praesentia des Herrn erfordern, wie andere bemerken. Das sind nach Baldus Akte, qui cohaerent personae[311]. Hierher gehören die Adoption, die Legitimation, die Begründung der compaternitas[312], der Treueid[313]. Botenvermittlung ist in den drei erstgenannten Fällen

---

[308] Baldus, C. 6, 9, 1 n. 35 und Castro nennen die hereditatis aditio einen Quasikontrakt.

[309] Castro eod. loc. n. 4.

[310] Abweichend von der gemeinen Ansicht ließ Jacobus de Ravanis die Bestellung eines Prokurators ad adeundum de futuro zu, z. B. zum Erbschaftsantritt unter der Bedingung, daß die Erbschaft solvent sei. Vgl. Baldus, der selbst hier schwankte, D. 29, 2, 6 n. 4; C. 6, 9, 1 n. 35, 36; neuerdings Lenel S. 5. Ist noch ein actus extrinsecus nötig, z. B. bei der bonorum possessio, ferner bei der hereditatis aditio pupilli, der der auctoritas tutoris bedarf, der Frau, die nach örtlichem Gewohnheitsrecht der Zustimmung der Verwandten bedarf, so ist Vertretung zulässig. Baldus, C. 6, 9, 1 n. 34, 37.

[311] Baldus, D. 28, 2, 29, 8 n. 5.

[312] Baldus, 1, 7, 25, 1 n. 1; C. 7, 1, 3 n. 2.

[313] Baldus, D. 1, 8, 1 n. 45. Andere Eide kann der procurator schwören. Baldus, D. 1, 7, 25, 1 n. 1. So den Offenbarungseid des Gläubigers, der seine Forderungen an ein beschlagnahmtes Vermögen anmeldet. Baldus, Consil. 1, 90. Streng genommen ist der procurator hier freilich minister, denn er wird ad iurandum super animas constituentium bestellt. Vgl. oben n. 163.

zulässig. Zu rechter Klarheit über die Grenzlinie kam man aber nicht[314]). Das kaiserliche Gericht ließ bei der Legitimation propter discrimina viarum Vertretung zu[315]).

Ueber die Fähigkeit zur Stellvertretung gingen die Ansichten auseinander. Nach der Summa Trecensis muß der procurator ebenso wie der mandator fähig sein, Verträge zu schließen[316]). Die Glosse verlangte das von den Römern für die Fähigkeit zum Postulieren und zur Manumission festgesetzte Alter von 17 Jahren. Petrus de Bellapertica und mit ihm eine Anzahl anderer Juristen wie Baldus meinte, daß ein jeder procurator sein könne, möge er 6 oder 17 Jahre alt sein. Zur Begründung wies er auf den Ausspruch Ulpians in D. 14, 3, 7, 2 hin, daß den Herrn die Verantwortlichkeit für die Auswahl des Vertreters trifft. Die dieser Ansicht entgegenstehende Bestimmung I. 1, 6, 4 legte man entweder dahin aus, daß für den Minderjährigen, der einen Sklaven frei läßt, um einen procurator zu haben, eine Ausnahme gelte, oder dahin, daß für Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit allgemein ein Alter von 17 Jahren erforderlich sei[317]). Der procurator ad iudicia muß die perfecta aetas von 25 Jahren haben, die Stadtrechte ließen aber oft eine niedrigere Altersgrenze zu[318]).

2. Die Kernfrage ist die: Wie muß der Stellvertreter auftreten, damit stellvertretendes Handeln vorliegt? Für die persona principalis verwendeten schon die Römer die Formel:

---

[314]) Vgl. Baldus, C. 4, 50, 1 n. 23; Decret. 2, 13, 4 n. 3. Siehe auch oben n. 134.

[315]) Baldus, D. 1, 7, 25, 1 n. 1.

[316]) 2, 7, 6.

[317]) Petrus de Bellapertica, J. 1, 6 n. 24; Repet. ad. C. 2, 12, 12; Baldus, C. 2, 12, 12 n. 3, 4. Der socius braucht es sich nicht gefallen zu lassen, daß der andere socius einen noch nicht 18 Jahre alten procurator zur Geschäftsführung bestellt. Vgl. Petrus de Ubaldis, Tract. de duobus fratribus X, 3.

[318]) Vgl. Rosenberg S. 397 ff.

sie handelt für sich und ihre Erben oder Rechtsnachfolger[319]). Dieselbe Formel gebrauchte häufig auch das Mittelalter zur Kennzeichnung des prinzipalen Handelns[320]). Der Stellvertreter hingegen bezieht sich beim Handeln auf sein officium er handelt procuratorio nomine, talis procurator, pro domino[321]). Diese Wendungen weisen nicht auf die Rechtswirkung, sondern nur auf die Richtung des stellvertretenden Handelns hin. Der Name des Herrn, die dictio pro, werden nicht in vim personae, quae causam praestat obligationis, sondern in vim causae, demonstrandi causa, hinzugesetzt. Diese Ausdrücke tun kund, daß der Vertreter pro alterius utilitate handelt. Sie sind die causa finalis, nicht die causa formalis des Rechtsakts[322]). Die causa formalis ist der Vertreter selbst, denn, wie betont: der beherrschende Gesichtspunkt war der, daß der Vertreter zwar im Dienste des Herrn handelt, aber den Tatbestand mit seiner eigenen Person trägt. Schon frühzeitig zog man hieraus die praktischen Folgerungen. Bereits Placentin sagte, der procurator müsse sibi aut impersonaliter pazaszieren. Pazisziert er unmittelbar domino, nihil agit[323]). In demselben Sinne äußert sich die Summa Trecensis[324]), die provençalische Summe[325]), Azo, Accursius, Odofredus und fast alle übrigen mittelalterlichen Juristen[326]). Als man später, insbesondere im Hinblick auf die Stipulation, im Tatbestande des Vertrages die verba formalia promissiva (substantiva) und

---

[319]) D. 45, 1, 38, 14. Vgl. Girard, Geschichte und System des römischen Rechts. Uebers. von v. Mayr, 1908, S. 489.

[320]) Vgl. Accursius, Gl. obligabitur ad J. 3, 19, 3; Rainerius, Ars notaria, n. 49, 50; Bartolus, D. 26, 9, 5. Siehe auch Heusler, Institutionen I, S. 60.

[321]) Bartolus, D. 39, 1, 1, 2; Tartagnus, Cons. 2, 80 n. 8.

[322]) Baldus, C. 4, 27, 1 n. 28; 9, 1, 2 n. 1, 8.

[323]) C. 2, 3; 4, 27; 4, 50.

[324]) 4, 46, 2.

[325]) 4, 46, 2; 8, 29, 5; 8, 30, 1.

[326]) Vgl. im einzelnen v. Buchka S. 122 ff. Nachzutragen ist insbesondere Petrus de Bellapertica, C. 4, 2, 4.

executiva unterschied[327]), stellte man für das alteri stipulari folgendes Schema auf[328]): werden die verba stipulationis und die verba executionis unmittelbar auf den extraneus konzipiert, etwa mit den Worten: promittis Titio quod dabis ei, so ist die Stipulation ungültig[329]). Werden die verba stipulationis auf den Stipulanten, die verba executionis auf den extraneus gerichtet, so ist die Stipulation nur bei Interesse gültig. Dieses ist der Fall des sog. Vertrages zu Gunsten Dritter[330]). Er liegt z. B. vor, wenn der Herr Zahlung an seinen procurator oder seinen Gläubiger stipuliert[331]). Auch der Vertreter kann sich dieser Form bedienen. Das eigentliche stellvertretende Handeln liegt aber nur dann vor, wenn der Vertreter die verba stipulationis und executionis auf sich, aber pro domino oder nomine domini konzipiert, die Formel also lautet: stipulor a te mihi recipienti pro illo oder nomine illius[332]). Die Grundsätze des Kontrakts gelten auch für den Quasikontrakt, das Urteil. Hier müssen die verba condemnatoria vel absolutoria auf den procurator, allerdings procuratorio nomine, die verba

---

[327]) So schon Nicolaus Matarellus. Vgl. Baldus, C. 4, 27, 1 n. 17.

[328]) Vgl. Bartolus, D. 45, 1, 38, 20; Baldus, J. 3, 19, 4 n. 2; D. 12, 1, 9, 3 n. 5; D. 45, 1, 38, 20 n. 4; C. 4, 27, 1 n. 18 ff. Siehe v. Buchka S. 129 ff.

[329]) Sie kann auch nicht als Botenakt aufrecht erhalten werden, da sie, wie bemerkt, Botschaft nicht zuläßt. Baldus, J. 3, 19, 4 n. 2.

[330]) Mit der Konzeption war über die Rechtswirkung noch nichts entschieden. Grundsätzlich war Zession der actio erforderlich. Vgl. v. Buchka S. 130, 132.

[331]) Vgl. Baldus, D. 45, 1, 38, 20 n. 4.

[332]) Ueber das Verhältnis zum Vertrage zugunsten Dritter siehe oben n. 34. Einerseits betont Baldus, D. 12, 1, 9, 3 n. 5, daß der Vertreter schon stets als solcher ein Interesse habe; denn negotium pertinet ad eum cura et sollicitudine. Anderseits wirft Jason, D. 45, 1, 38, 17 n. 14 ein, daß der Vertreter bei der Möglichkeit der Ratifikation auch ohne sonstiges Interesse handeln könne. Er stellt also die Gültigkeit der Stipulation auch beim Vertreter nicht auf die Konzeption, sondern auf das Interesse ab. Vgl. v. Buchka S. 132, 139.

executiva auf den Herrn konzipiert werden. Hat der procurator Spezialvollmacht zur exactio, insbesondere zum Empfang des Streitgegenstandes, so werden auch die verba executoria auf ihn gerichtet. Streitig war schon unter den älteren Glossatoren, wie das Urteil zu fassen sei, wenn der procurator erst nach der Litiskontestation des Herrn bestellt worden ist. Die Glosse meinte, daß de consuetudine beide verurteilt würden. Stirbt der Herr nach der Litiskontestation, so hat das verurteilende Erkenntnis nach Baldus für den procurator nicht im Namen des Erblassers oder der hereditas iacens, sondern auf den procurator olim a tali constitutus zu lauten. Können die verba sententiae nicht auf den procurator konzipiert werden, wie im Kriminalprozeß oder in Statusprozessen, so ergeht die declaratio, die pronunciatio auf den Herrn[333]. Ist der Herr bei der Urteilsverkündigung zugegen und zwar nicht bloß als Assistent seines Prokurators, sondern als Prozeßführer, so kann auch die condemnatio auf ihn referiert werden[334]. Die vorstehenden Sätze gelten aber nur für die Träger eines officium privatum. Für die personae publicae war, abgesehen von Jacobus de Arena und Dinus, nahezu allgemein anerkannt, daß sie in Rechtsgeschäften den Akt unmittelbar auf die Person des Prinzipals fundieren konnten, und daß, wenn sie einen Prozeß führten, die verba sententiae auf den Herrn konzipiert werden durften[335]. Eine Ausnahme galt nach Bartolus und der herrschenden Praxis nur für den Notar. Er mußte sagen: promittis mihi notario tamquam publicae personae recipienti nomine omnium quorum interest[336].

---

[333] Bartolus, D. 45, 1, 38, 20 n. 9; Baldus, J. 3, 19, 4 n. 4; C. 2, 12, 20; 7, 45, 1 n. 10, 14; Decret. 1, 6, 24 n. 20. Vgl. Rosenberg S. 425 ff.

[334] Bartolus, D. 45, 1, 79 n. 2.

[335] Vgl. Placentinus, C. 2, 3; Azo, Commentarius 4, 50, 6 n. 2; Accursius, Gl. nomine ad D. 26, 7, 9 pr.; Odofredus, C. 4, 50, 6; Bartolus, D. 45, 1, 38, 20; Baldus, C. 4, 27, 1 n. 21; 7, 45, 1 n. 13; Paulus de Castro, D. 45, 1, 38, 20.

[336] Bartolus, D. 1, 7, 17, 2 n. 1, 3; 46, 6, 2 n. 5; Baldus,

Diese Lehren entstanden nicht aus theoretischen Erwägungen, sondern aus der Auslegung der römischen Quellen. Die c. C. 4, 50, 6, 3 und das fr. D. 44, 7, 11, Stellen, die noch der heutigen Wissenschaft Schwierigkeiten bereiten[337]), auf der einen Seite, das fr. D. 13, 5, 5, 9 auf der anderen Seite wurden schon von jeher so aufgefaßt[338]), daß der procurator und der negotiorum gestor[339]) im Gegensatz zu den gesetzlichen Vertretern sichtbar als Schöpfer des Rechtsakts auftreten und schon durch die Konzeption der Worte anzeigen müssen, daß der Rechtsakt von seinem Schöpfer nicht zu trennen ist, während der Bote dem Rechtsakt innerlich fremd bleibt. Eine tiefere Begründung dieses Satzes gab und suchte man nicht, er erschien als ein Axiom, als die notwendige Folgerung aus dem Wesen des rechtlichen Handelns. In der Tat mag man damit den Anschauungen der Römer näher gekommen sein, als wir ihnen heute stehen. Einen besonderen Standpunkt nahm Nicolaus Matarellus ein. Er suchte einen Unterschied zwischen dem Formalakt der Stipulation und dem formlosen pactum zu errichten; die Stipulation, so meinte er, verlange, daß Promissar und Erwerber der Obligation eine und dieselbe Person seien. Bei einem pactum genüge es, wenn ein Bote, ein Gewaltunterworfener, ein gesetzlicher Vertreter oder ähnliche Personen, qui repraesentant personam eius cui adquiritur, handeln. Für die formlosen Akte ließ er also, sich an Jacobus de Arena anlehnend, den Begriff des Vertreters

---

C. 4, 27, 1 n. 23; Cons. 5, 238. In D. 1, 7, 17, 5 n. 10 und im Consil. 2, 200 sagt Baldus dagegen, daß der Notar auch mit direkten Worten dem Dritten stipulieren könne.

[337]) Vgl. Mitteis, Privatrecht, I, S. 217 n. 43.

[338]) Placentinus, C. 4, 50; Azo, C. 4, 50; 8, 38; Comment. 4, 50, 6 n. 2; Accursius, Gl. potes ad C. 4, 50, 6, 3; Gl. nomine ad D. 26, 7, 9 pr.; Odofredus, Cinus, Albericus, C. 4, 50, 6.

[339]) Martinus, anscheinend auch Rogerius und Lo Codi 4, 63 haben C. 4, 50, 6, 3 nur auf den negotiorum gestor bezogen. Anders Placentin und die herrschend gewordene Meinung. Vgl. Hugolinus, Dissens. domin. § 256; Rogerius, C. 4, 49; Placentinus, C. 4, 50.

in den allgemeineren Begriff des Boten aufgehen. Diesem Gedanken trat Baldus energisch entgegen, indem er darauf hinwies, daß die gewaltunterworfene Person und der gesetzliche Vertreter die Stipulation unmittelbar auf den Herrn richten[340]). Die Ansicht des Matarellus wurde denn auch späterhin nicht mehr erwähnt. Warum der gesetzliche Vertreter die verba contractus unmittelbar auf den Herrn richten kann, wußte man nicht recht zu erklären. Baldus und Salicetus meinten, daß der gesetzliche Vertreter mit Notwendigkeit den Herrn vertrete, daß er de conscientia, ex dispositione legis handele und daß er im Unterschiede zum freiwilligen Vertreter dem Prinzipal ein ius directum erwerbe[341]). Im allgemeinen begnügte man sich mit dem Hinweis auf den nur von Arena geleugneten Unterschied von D. 13, 5, 5, 6 und 9 und auf die Autorität der Glosse[342]).

Naturgemäß wurde die Formel, die die Theorie für das stellvertretende Handeln aufstellte, nur dort praktisch, wo die Rechtswissenschaft das Leben leitete, also bei Formalakten und bei Handlungen, die sich unter Mitwirkung der Notare vollzogen. Wo der Verkehr seine eigenen Wege ging, da mußte die Auslegung eingreifen, der sich auch die mittelalterlichen Juristen nicht entzogen.

Handelt der bevollmächtigte Vertreter alieno nomine, ohne sich auf sein officium zu beziehen, ohne also als procurator aufzutreten, so erschien das im Zweifel unschädlich. Nur bei Akten, die keine negotiorum gestio dulden, nahm man Nichtigkeit an, es sei denn, daß der andere Teil die Vollmacht kennt[343]).

Wichtiger ist der Fall, daß der Vertreter simpliciter auftritt, d. h. ohne auszudrücken, ob er alieno nomine oder suo

[340]) C. 4, 27, 1 n. 18 ff.

[341]) Baldus, C. 4, 27, 1 n. 21; D. 13, 5, 5, 3; Salicetus, D. 13, 5, 5, 5 n. 3.

[342]) Vgl. Bartolus, D. 45, 1, 38, 20 n. 2.

[343]) Dinus, Consil. 18 n. 2, 4; Bartolus, D. 39, 1, 1, 2.

nomine, d. h. für sich und seine Erben handelt. Eine grundsätzliche Entscheidung fehlte hier. Accursius unterschied unter dem Beifall der herrschenden Meinung den administrator voluntarius von dem administrator necessarius. Der erstere, so meinte er, handelt im Zweifel suo nomine, der letztere alieno nomine; denn jener übernimmt das Amt a privato und handelt aus eigenem Willen, dieser empfängt es a lege und übt es aus Notwendigkeit aus[344]). Hand in Hand mit dieser Unterscheidung ging der besonders von Buttrigarius betonte Entscheidungsgrund, ob die Angelegenheit, in der der Vertreter tätig ist, den Prinzipal oder den Vertreter betrifft oder ob sie beide treffen kann. Für den ersteren Fall nahm man grundsätzlich ein Handeln alieno nomine, für den zweiten und dritten Fall ein Handeln suo nomine an[345]). Einen Sonderstandpunkt vertrat auch hier wieder Jacobus de Arena. Er stellte die Entscheidung ganz auf den Willen der Kontrahenten ab: id videtur cogitatum, quod debuit cogitari. — Semper enim ratio contrahendi etiam tacita est inspicienda, dummodo innotaverit utrique contrahenti. Nach ihm obligiert daher auch der administrator voluntarius im Zweifel den Herrn[346]). Im Grunde übergehen alle diese Entscheidungen die Frage, ob stellvertretendes Handeln vorliegt, und regeln bereits unmittelbar die Rechtsfolgen, die das Handeln des Vertreters hat. Ob jemand als Vertreter handelt, entschied man weniger nach allgemeinen Regeln als nach dem für den einzelnen Fall zutreffenden Gesichtspunkte. Dabei berücksichtigte man einerseits den Willen des Vertreters. Schon Azo stellte es im Anschlusse und anscheinend im Gegensatz zu Placentin[347]) gleich, ob der Vertreter ausdrücklich im

---

344) Gl. levabitur ad D. 3, 3, 67. Vgl. Baldus, D. 2, 11, 15 n. 3 ff.; D. 14, 3, 20 antiqu. lectura nova additio.

345) Vgl. Bartolus, D. 26, 9, 5, 1 n. 2 ff.; Baldus, C. 5, 38, 1 n. 1.

346) Baldus, D. 2, 1, 15 n. 5.

347) C. 4, 50. Die Edition seiner Summe ist, wie bekannt, sehr mangelhaft. Vgl. P. de Tourtoulon, Placentin, I, Paris 1896, p. 1.

Namen des Herrn handelt oder tacite in corde retineat[348]). Insbesondere war der Wille des Vertreters ausschlaggebend, wenn es dem anderen Teile gleichgültig ist, ob er es mit einem Prinzipal oder einem Vertreter zu tun hat[349]). Anderseits wurde aber auch der Wille oder das bloße Wissen der Gegenpartei in Betracht gezogen. Wurde beim Geschäftsabschluß des Herrn Erwähnung getan, so daß das Geschäft unzweifelhaft diesen betraf, so nahm man stellvertretendes Handeln an. Expressio enim causae tunc habetur perinde ac si diceret tutoris nomine facere[350]). Es genügt aber auch, daß die Gegenpartei weiß, daß der Handelnde Vertreter ist, ohne daß ihr dies besonders kundgegeben zu werden braucht. Daher meinte Petrus de Bellapertica, daß der Kaufmann, der dem serviens scolarium Viktualien verkauft, die scolares selbst aus dem Kauf in Anspruch nehmen kann, wenn er nur wußte, daß sie jenen derartigen Geschäften präponiert haben[349]). Ist dem anderen Teile die Vertretereigenschaft völlig unbekannt, so haftet der Vertreter als Prinzipal[349]). So entschied Paulus de Castro folgenden Fall: Ein Jude in Verona hatte einen anderen Juden in terra Pisauri deputiert, um dort Geld gegen Zins und Pfand auszuleihen. Ein Soldat, der dem letzteren ein Pfand gegeben hatte, verklagte ihn auf Rückgabe, obwohl er schon aus seiner Stellung abberufen war. Seinen Einwand, daß er tamquam facto alienus kontrahiert habe und daß die factoria erat finita, wies Castro zurück, weil der Gegenkontrahent lediglich mit Rücksicht auf den

---

Die von Savigny in dem von mir benutzten Exemplar handschriftlich beigefügte Variante aus Cod. Paris. Nr. 4441 unterscheidet, ob der Vertreter in corde gerat vel eius nomen expressim hinzusetzt. Anderseits betont gerade Placentin in J. 3, 12 die Bedeutung der oratio intellectualis für die Obligation: nam et Moises dicitur clamasse, licet in corde dicebat, sed corde clamat. Sed et insipiens non ore, sed in corde suo dixit: non est deus.

[348]) Comment. C. 4, 50, 6 n. 2.

[349]) Petrus de Bellapertica, Repetit. ad C. 4, 26, 7.

[350]) Bartolus, D. 26, 9, 5, 1; vgl. Baldus, D. 3, 5, 5, 3 n. 4.

Präpositus gehandelt habe [351]). Ist es für den anderen Teil gleichgültig, ob der Herr oder der Vertreter Geschäftspartei ist, so zog man auch das Interesse des Herrn in Betracht. Schon in der Rechtsschule des Bulgarus wurde folgender Fall erörtert: Seia hatte den Titius beauftragt, zwei Sklaven zu verkaufen. Titius führte den Auftrag aus und legte den Erlös in seine Kasse. Er starb dann. Sein Nachlaß war insolvent. Seia und die Frau des Titius stritten um das Eigentum am Gelde. Die letztere machte geltend, daß Titius das Eigentum erworben habe, weil er im eigenen Namen kontrahiert habe. Seia erwiderte, es sei anzunehmen, daß er in ihrem Namen die Sklaven verkauft und das Geld empfangen habe, cum in dubiis, que vitio carent, sunt potiora habenda. Die Entscheidung lautete dahin, daß Seia die actio in rem habe [352]).

Die Frage, ob stellvertretendes Handeln vorliegt, entsteht nicht nur dann, wenn der Vertreter ein unmittelbarer Vertreter ist, sondern auch wenn er als mittelbarer Vertreter handelt. In Betracht kommt hier allerdings nur das Verhältnis zwischen Herrn und Vertreter. Die Entscheidung ergeben auch hier nicht die Grundsätze des Auftrags, sondern der Stellvertretung. Die mittelalterlichen Juristen, für die der Unterschied zwischen mittelbarer und unmittelbarer Stellvertretung nicht im Bereiche des stellvertretenden Handelns, sondern im Bereiche seiner Rechtswirkung lag, hielten das für selbstverständlich. Erörtert wurde die Frage vornehmlich im Gesellschaftsrechte. Bei einer societas omnium bonorum nahm man an, daß der Gesellschafter im Zweifel communi nomine handelt, weil er dazu gehalten ist und dolus nicht präsumiert wird [353]). Bei partikulären Gesellschaften hingegen, insbeson-

---

[351]) D. 14, 1, 1, 15 n. 4. Gegen diese Entscheidung Decius, D. 12, 1, 29.

[352]) Quaestiones in schola Bulgari disputate (Bibl. iur. med. aevi II) n. 15.

[353]) Die Literatur findet sich bei Felicius 14 n. 27. Petrus de Ubaldis V, 3 läßt zunächst die consuetudo socii und die qualitas rei emptae, in zweiter Linie das Ermessen eines bonus vir entscheiden.

dere bei Erwerbs- und Handelsgesellschaften, handelt der socius im Zweifel grundsätzlich im eigenen Namen[354]. Aber auch hier blieb die Besonderheit des einzelnen Falles nicht unbeachtet. Seit Bartolus forschte man zunächst danach, ob der handelnde Gesellschafter zwar nicht im Vertrage, aber beim Vertragsschluß irgendwie zum Ausdruck gebracht hat, wen das Geschäft treffen solle. Bartolus berichtet, als ihm einer der alltäglichen Fälle begegnete, daß mehrere Brüder mit pecunia hereditaria Handel treiben, habe er sich den liber rationum kommen lassen, und als er darin las: hic est liber mercantie mei talis et mei fratris, habe er entschieden, daß der Bruder communi nomine gehandelt habe. Wenn es an einem solchen ausdrücklichen Kennzeichen fehlte, so ließ Bartolus die oben genannte Regel walten: nec alia persona subintelligitur extrinsecus[355]. Baldus hingegen stellte die Entscheidung ganz auf die Umstände des Falles ab. Man müsse, so meinte er, prüfen, quid actum sit, ob also zum Ausdruck gebracht sei, daß der socius im gemeinschaftlichen Namen Handel treiben wolle. Es komme weiter auf die affectio des Handelnden an. Endlich sei auch ipsius consuetudo in Betracht zu ziehen. Kauft der Gesellschafter ut plurimum in gemeinschaftlichem Namen, so ist das auch für den einzelnen Fall zu präsumieren[356]. Dem folgte Salicetus[357]. Nur diese Anschauung konnte auch dem Handelsverkehr jener Zeit gerecht werden. Denn die Grenze zwischen Dienst- und Gesellschaftsverhältnis, zwischen stiller, kommanditärer und offener Gesellschaftsbeteiligung war damals noch weit flüssiger und undurchsichtiger als heute, und die Kaufleute pflegten damals noch seltener als heute auszudrücken oder auch nur sich dar-

---

[354]) Felicius 14 n. 87; 30 n. 14. Vgl. auch Baldus, Consil. 5, 125; Tartagnus, Consil. 7, 217 n. 12.

[355]) Bartolus, C. 3, 38, 4 n. 4 ff.

[356]) C. 3, 38, 4 n. 3 ff.; Consil. 5, 125. Ebenso Petrus de Ubaldis V, 3.

[357]) C. 3, 38, 4 n. 4 ff.

über klar zu sein, ob sie ihr Geschäft als Prinzipal, als Gesellschafter, als Agent oder in irgend einer anderen Rechtsstellung abschlossen[358]. Baldus betont z. B., daß aus dem Umstande, daß mehrere simul stant ad venditionem in aliqua taberna aut statione, noch nicht auf eine Gesellschaft geschlossen werden könne, denn der eine könne Prinzipal, der andere Institor sein[359]. Die Schwierigkeit wurde noch dadurch erhöht, daß nicht selten dieselben Personen an verschiedenen gesellschaftlichen Unternehmungen beteiligt waren[360]. Die sorgfältige Berücksichtigung der einzelnen Umstände war daher damals beinahe noch wichtiger als heute.

Auch für die Wirtschaftsgemeinschaft war es von Bedeutung, wie der Kontrahent auftrat. Nicht selten kam es vor, daß zwei Brüder zusammen wirtschafteten und nach dem Tode des einen der Onkel mit dem Neffen die Wirtschaft fortsetzte und, falls letzterer noch minderjährig war, zu dessen Vormund bestellt wurde. Für die Rechtsgeschäfte des Onkels konnte es dann zweifelhaft werden, ob er sie im eigenen oder im gemeinschaftlichen Namen abschloß. Bartolus schwankte hier in seinen Entscheidungen[361]. Baldus unterschied: Nimmt der Vormund Rechtshandlungen vor, die für den Vater des Mündels ungewöhnlich waren, schließt er z. B. Handelsgeschäfte ab, während jener kein Kaufmann war, so wird vermutet, daß er es im eigenen Namen tut. Denn es sei schuldhaft, ungewohnte Geschäfte anzugreifen, und schuldhaftes Verhalten werde nicht vermutet. Schließt der Vormund aber Geschäfte ab, die im Tätigkeitsbereiche des Vaters des Mündels

---

[358]) Vgl. Olea 4, 11 n. 28; Lehmann, Altnordische Handelsgesellschaften usw. Bd. 62, S. 306 ff. der Zeitschrift für Handelsrecht; Silberschmidt, Das Sendegeschäft im Hansagebiet Bd. 68, S. 423 ff. derselben Zeitschrift.

[359]) Consil. 5, 125 n. 2.

[360]) Vgl. Petrus de Ancharano, Consilia (Lugduni 1532), 332 n. 5.

[361]) Vgl. C. 3, 38, 4 n. 6 ff.; D. 26, 7, 47, 6.

lagen, trieben z. B. die Brüder zusammen Handel und setzt der Vormund die Geschäfte nach dem Tode des Bruders fort, so handelt er im Zweifel im gemeinsamen Namen[362]).

VI.

Wir haben endlich die Ansichten der mittelalterlichen Juristen über die Rechtswirkungen der Stellvertretung zu betrachten. Hierbei ist zweierlei zu unterscheiden. Einmal die Frage, ob es nach ihrer Ansicht überhaupt möglich ist, daß die Handlungen einer Person nicht für diese, sondern für eine andere unmittelbare Rechtswirkungen erzeugen, sodann die Frage, von welchem Momente der etwaige Eintritt der unmittelbaren Rechtswirkung abhängt. Der Erwerb von Rechten, die Begründung von Verpflichtungen und die Tilgung von Verbindlichkeiten sind hier gesondert zu behandeln.

1. In mannigfaltigen Aussprüchen haben die Römer den Grundsatz formuliert, daß der Stellvertreter dem Herrn nicht direkt ein Recht erwerben kann[363]). Damit war den mittelalterlichen Juristen, deren nächste Aufgabe die Auslegung der Quellen war, der Weg gewiesen. Schon Irnerius betonte: generale est, ex alterius stipulatione alteri accionem non queri[364]). Und noch das gemeine Recht der älteren Zeit hat an diesem Satze als dem Kern des Stellvertretungsrechtes festgehalten[365]). Man gab ihm einen zweifachen Inhalt: Die rechtliche Wirkung erschien nicht trennbar vom rechtlichen Wirken. Der Vertreter ist der Quell, aber auch das Ziel der Handlung. Was er durch einen actus civilis erwirbt, knüpft sich an seine Person und bleibt an sie gekettet. Denn die obligatio und die actio, die durch zivilen Akt erworben wer-

---

[362]) C. 3, 38, 4 n. 8. Ebenso Petrus de Ubaldis V, 3.

[363]) Vgl. Mitteis, Privatrecht, I, S. 263 n. 1.

[364]) Gl. danda ad D. 3, 3, 27, 1 bei Besta, L'opera d'Jrnerio II, Torino 1896.

[365]) Vgl. Olea 4, 9 n. 4.

den, hängen als res incorporales, als obligationes personales fester an den Knochen als die iura realia[366]). Das ius directum, das der Vertreter durch sein Handeln erwirbt, erwirbt er daher sich selbst[367]). Der Herr hat eine actio nur dann, wenn ihm der Vertreter das erworbene Recht abtritt[368]), ihn also zum procurator in rem suam bestellt oder ihm die actio utilis zediert[369]). Sicut planta, so sagt Baldus in einem von ihm gern gebrauchten Bilde[370]), quae non transfertur, remanet in suo loco, ubi immisit radicem, et sicut vitis non propagatur ex se ipsa, nisi propagatur per hominem, ebenso verlange auch die translatio actionum utilium ein factum hominis, die Zession. Eine Schwierigkeit erwuchs aus diesem Satze bei denjenigen Rechten, die ihrer Natur nach höchst persönlich sind und daher auch nicht vorübergehend vom procurator erworben werden können, z. B. bei Familienrechten und dem usus fructus formalis. Wollte man in diesen Fällen die Stellvertretung nicht überhaupt ausschließen, so boten sich nur zwei Entscheidungen: entweder eine Ausnahme von dem Prinzip anzuerkennen oder den Vertreter als Gehilfen zu konstruieren. Zu einer sicheren Entscheidung ist man, wie oben erwähnt[371]), nicht gelangt, doch neigte man der zweiten Ansicht zu[372]).

---

[366]) Vgl. hierzu Fränkel Bd. 67, S. 79 f. der Zeitschrift für Handelsrecht.

[367]) Vgl. Odofredus, C. 4, 27, 1; Bartolus, D. 13, 7, 11, 6 n. 4; Baldus, D. 13, 5, 5, 6 antiqua lectura; C. 7, 32, 1 n. 2.

[368]) Durantis, 1, 3 de procur. v. sub autem n. 6; Baldus, D. 45, 1, 38 n. 4.

[369]) Vgl. Fränkel a. a. O.

[370]) C. 4, 50, 7 n. 2. Vgl. Fränkel S. 96.

[371]) II n. 134.

[372]) Vgl. Baldus, Decret. 1, 6, 24 n. 20: inseparabilia a persona, id est ab organis propriis, non proprie per alium fiunt. Dinus stellt im Consil. 15 die confessio des vertretenden consors, se habere in feudum res artas, der Tradition gleich und folgert daraus, daß die vertretenen consortes die dingliche Klage, aber auch die persönliche condictio ex moribus unmittelbar ohne Zession erwerben. Baldus, C. 4, 45, 1 n. 1 erklärt dieses Gutachten für sehr beachtlich.

Die dargelegte Anschauung führte nun aber nicht dazu, daß die mittelbare Stellvertretung die ausschließliche Herrschaft gewann, man hielt an der Dyarchie des römischen Aktionensystems fest, hatte freilich keinen Blick dafür, daß die actio utilis recht eigentlich nur in den schon seit langem historisch gewordenen Rechtseinrichtungen der Römer wurzelte. Man war daher — eine nicht seltene Erscheinung im Völkerleben — versucht, in die zeitlichen Unterscheidungen eine tiefere sachliche Bedeutung hineinzulegen, meinte, daß die Doppelung der Rechte im Wesen der Rechtsverhältnisse begründet sei, und stellte dem ius directum ein technisch-formell sekundäres, inhaltlich aber gleiches ius utile an die Seite[373]). Dieses ius utile, so sagte man, könne eine media libera persona einem anderen erwerben, und umgekehrt seien alle Rechte, die einer durch eine media libera persona erwerbe, iura utilia[374]). Die juristische Rechtfertigung hierfür gab gelegentlich Baldus mit dem Hinweis auf die fiktive Einheit von Prinzipal und procurator[375]), indem er meinte, daß die actio utilis ihren Ursprung in der Person des Prokurators habe und durch Fiktion auf den Herrn erstreckt werde[376])[377]).

Viel umstritten war die Frage, wann der Herr aus der Handlung seines Vertreters die actio utilis ohne Zession hat. Bekanntlich hat Martinus aus den von den Römern zugelassenen Einzelfällen, insbesondere aus D. 3, 42, 8, das allgemeine Prinzip hergeleitet, daß der Herr aus den Kontrakten des Prokurators stets die actio utilis erwirbt[378]). Diese Ansicht blieb nicht so vereinzelt wie man heute annimmt. Ro-

---

[373]) Vgl. Fränkel S. 83 ff.

[374]) Baldus, D. 29, 2, 6 n. 4.

[375]) Vgl. oben III. n. 189.

[376]) D. 19, 1, 13, 25 nova additio.

[377]) Die provençalische Summe, der die actio utilis fremd ist, gab dem Herrn aus der Stipulation des Prokurators ein Klagerecht schlechthin. So 4, 63 n. 2; 8, 30 n. 3.

[378]) Vgl. von Buchka S. 121.

gerius[379]), die Summa Trecensis[380]), das Florentiner Rechtsbuch[381]), die provençalische Summe[381]), auch Placentin[382]), hingen ihr an, wohl ein Zeichen dafür, daß das Rechtsgefühl zu ihr hinneigte. Jedoch behielt die wohl von Bulgarus begründete und von allen hervorragenden Juristen der folgenden Zeit wie Johannes Bassian, Azo, Odofredus, Roffredus, Accursius, Petrus de Bellapertica vertretene Meinung die Oberhand, daß jene Fälle Sonderregelungen enthielten, aus denen kein allgemeines Prinzip herzuleiten sei. Odofredus stellte zehn[383]), Accursius sechzehn solche Ausnahmen zusammen[384]). Bartolus[385]) und Baldus[386]) folgten dem System des Wilhelmus de Cuneo, der die Ausnahmen in neun Reihen einteilte. Alle diese Systeme beschränken sich aber nicht auf die Stellvertretung, sondern umfassen sämtliche Fälle des Erwerbs der actio utilis für eine andere Person. Der Erwerb durch stellvertretendes Handeln greift nur in den nachfolgenden Fällen Platz.

Unbestritten erwerben die administratores necessarii kraft ihrer legitima auctoritas dem Prinzipal eine actio utilis. Darunter fallen der tutor, curator, actor, praelatus und die übri-

---

[379]) C. 2, 3; 2, 8 (hier freilich nur finito negotio); 4, 23; 48; 49.

[380]) 2, 3, 9; 4, 23, 3; 4, 29, 7.

[381]) 4, 1, 13; 4, 3, 11. Vgl. aber auch oben n. 377.

[382]) Anders v. Buchka S. 122. Allerdings zählt Placentin in Sum. Inst. 3, 8 unter denen, die dem Herrn unmittelbar eine actio utilis erwerben, den procurator nicht auf, wohl aber in Sum. Cod. 4, 27, wenigstens in dem von mir gebrauchten Exemplar. Für die hier vertretene Auffassung sprechen auch die von v. Buchka angeführten Stellen C. 2, 3 und 4, 50, besonders aber die Distinktion des Placentin im Pariser Kodex 4603 (Pescatore, Beiträge zur mittelalterlichen Rechtsgeschichte, Heft 2, S. 53 f.: Sed si procurator meus quid sibi stipuletur ematve [vel] per sententiam obtineat, michi utilis actio queritur. Vgl. auch C. 8, 52.

[383]) C. 4, 27, 1.

[384]) Gl. agit ad J. 3, 19, 4.

[385]) D. 45, 1, 38, 20.

[386]) D. 12, 1, 9, 8 n. 3.

gen gesetzlichen Vertreter. Diesen stellte Baldus dem von ihnen oder mit ihrer Zustimmung bestellten procurator gleich[387]). Ausnahmsweise räumte man nach dem Vorgange der Quellen dem procurator militis und, da die römische Kirche nach dem Ausspruch des Papstes Nikolaus III. die ecclesia militans ist[388]), auch jedem, der im Namen der ecclesia romana stipuliert, dieselbe Stellung ein[389]). Ob das Amt des Vertreters erloschen ist oder nicht, darauf kam es in allen diesen Fällen nicht an.

Eine zweite Gruppe bilden die personae publicae im engeren Sinne: der iudex, der tabellio, der executor curiae und andere officiales, nach kanonischem Recht der proprius sacerdos[390]). Für den Richter bestand im Hinblick auf D. 27, 8, 1, 15 kein Streit darüber, daß er im Notfalle ohne Ermächtigung der vorgesetzten Behörde für einen anderen stipulieren kann. Nur gingen die Ansichten darüber auseinander, ob er es auch außerhalb seines Gerichtssprengels tun darf. Petrus de Bellapertica bejahte es. Hinsichtlich des Notars forderte Innozenz III. mit Rücksicht auf D. 46, 6, 2 und 3 obrigkeitliche Ermächtigung[391]) und ihm folgten Johannes Andreae[392]) und der größere Teil der Kanonisten. Die Legisten hingegen, voran Bartolus und Baldus bekämpften diese Forderung und ließen daher auch in außergerichtlichen Akten, insbesondere auch in Verträgen des ius gentium, den unmittelbaren Erwerb der actio utilis durch den Notar und die anderen officiales publici zu. Baldus berief sich, da das geschriebene Recht ihm hierfür keine Stützen zu bieten schien, auf die Praxis der ganzen Welt. Bartolus hielt es zur Sicherheit freilich für geraten, daß der Herr sich die actio

---

387) D. 12, 6, 6 n. 11.

388) c. 17 X de electione 1, 6.

389) Baldus, D. 12, 1, 9, 8 n. 3.

390) Vgl. bes. Joannes Faber, J. 3, 19, 4 n. 5 ff.

391) Decret. 3, 32, 20.

392) Ad c. 2 VI de usuris 5, 5.

vom Notar zedieren läßt, und Baldus empfahl, daß der Notar de mandato iudicis stipuliere [393]).

Weiter kommen hier die stipulationes iudiciales et praetoriae in Betracht, durch die schon nach römischem Recht jeder Vertreter dem Herrn eine actio utilis erwerben konnte [394]). Eine causae cognitio hielt man hier nicht für notwendig [395]).

Ferner erwirbt der procurator praesentis, der dem Prozeß angehört, auf Grund D. 45, 1, 79 [396]) dem Herrn eine actio.

Auf dem Gebiet der gewillkürten Vertretung des Bürgerlichen Rechts spielten vor allem die Grundsätze der Subsidiarität und der Konnexität eine Rolle. Der prätorischen Rechtssprechung folgend gaben die mittelalterlichen Juristen dem Prinzipal aus den Verträgen des procurator eine actio utilis, si aliter res domino salva esse non posset. Man rechnete hierunter alle jene Fälle, in denen der Herr eine Zession nicht erlangen kann, so wenn der procurator zahlungsunfähig ist, wenn er abwesend ist oder sich verborgen hält oder wenn er ohne Erben gestorben ist [397]). Durch dieses Auskunftsmittel verlor der Grundsatz der Unzulässigkeit des Erwerbs der actio directa durch den Vertreter seine Schärfe und wurde den Forderungen der Gerechtigkeit und Billigkeit Genüge getan. Immerhin war es ein außerordentliches Mittel und Baldus empfahl daher Sorgfalt im Beweise subsidium imminere. Denn, so meinte er unter Hinweis auf D. 45, 1, 10, die actio utilis werde nicht früher zugelassen, als bis exploratum et discussum

---

[393]) Bartolus, D. 1, 7, 17, 2 n. 2, 4; 46, 6, 2 n. 1—3; Baldus, J. 1, 11, 3 n. 2 ff.; D. 22, 1, 11 n. 2; 27, 8, 1, 15; C. 4, 50, 1 n. 22 ff.; Consil. 2, 146 und 200.

[394]) Siehe freilich Mitteis, Privatrecht, I, S. 223 n. 62.

[395]) Vgl. Baldus, J. 3, 19, 19 n. 2.

[396]) Vgl. Baldus ad hanc legem.

[397]) Baldus, J. 3, 19, 4 n. 3; 3, 19, 19 n. 2; D. 14, 3, 1 antiqua lectura. Nach der einen Ansicht war der Ausspruch des Marzellus in D. 14, 3, 1 ff. auf den institor zu beschränken, nach der herrschenden Meinung galt er für alle gewillkürten Vertreter. Vgl. Baldus, D. 19, 1, 13, 25.

sit cedi non posse[398]). Eine freiere Auslegung entnahm Paulus de Castro D. 14, 1, 1, 18, indem er erklärte, daß der exercitor navis de aequitate die actio utilis schon dann erhalte, wenn der magister nicht gegenwärtig und Gefahr im Verzuge sei[399]).

Die Gewährung der actio utilis bei Konnexität leitete man vornehmlich aus D. 3, 3, 68 her, indem man den Text ohne das Wort non zwischen petere und potest las. Ueber den Umfang dieses Ausnahmefalles war man sich angesichts der Unklarheit der Quellen zweifelhaft. Petrus de Bellapertica meinte, daß der Herr die actio utilis erhalte, wenn sein procurator super re domini oder super eo quod est ex re domini kontrahiere. Die Obligation, die ex re entstehe, also die Realobligation, werde mehr durch die res als durch die libera persona erworben[400]). Bartolus unterschied drei Fälle. Entweder läßt sich der procurator die Rückgabe der dem Herrn gehörigen Sachen versprechen (D. 3, 42, 8), oder er stipuliert ex re domini, d. h. dasjenige, was aus der Sache gewonnen wird, wie Früchte oder Junge, oder dasjenige, was an die Stelle der Sache tritt, wie den Preis, oder endlich er stipuliert propter rem oder occasione rei domini, wie die Zinsen oder die Rückgabe des von ihm bestellten Pfandes (D. 13, 7, 11, 6). Nur in den beiden ersten Fällen gestand er dem Herrn die actio utilis ohne Zession zu[401]). Infolge der Anerkennung dieses Konnexitätsprinzips bekam der Herr die actio utilis tatsächlich in den praktisch wichtigsten Fällen des stellvertretenden Handelns. Vermietet oder verpachtet der Vertreter das

---

[398]) D. 12, 1, 9, 8 n. 4.

[399]) Ad hanc legem n. 3. Vgl. hierzu Mitteis, Trapezitika (Zeitschrift für Rechtsgeschichte Romanist. Abt. Bd. 19), S. 200. Noch Franciscus Roccus, De navibus et naulo (Ultrajecti, 2. Edit. 1710) n. 72 hielt dagegen an dem Satze fest, daß der Reeder kein unmittelbares Klagerecht gegen den Gegenkontrahenten des Kapitäns habe.

[400]) Vgl. Cinus, C. 4, 27, 1; Albericus, eod. loco n. 2.

[401]) Bartolus, D. 3, 3, 68; 13, 7, 11, 6 n. 5; 45, 1, 38, 20.

Grundstück des Herrn, so hat dieser unmittelbar den Anspruch auf den Zins oder bei Teilpacht auf die Früchte[402]). Verkauft der Vertreter eine Sache des Herrn und empfängt er in dessen Namen den Kaufpreis, so gehört das Geld dem Herrn[403]). Dieser Satz ergibt sich freilich mehr aus seiner Tätigkeit als Besitzmittler denn als Vertreter[404]). Für den Forderungserwerb beim Kauf gab es gerade neue Zweifel, weil man das fr. 13 § 25 D. 19, 1 mit den übrigen Stellen nicht in Einklang zu bringen vermochte. Die Glosse sah in ihm eine Anwendung der l. 2 D. 14, 3, meinte daher, daß der Herr die actio utilis nur subsidiär erhalte. Dem folgte Baldus mit dem Hinweis, daß das pretium nicht ex re sei. Andere, wie z. B. Wilhelmus de Cabriano, unterschieden weiter zwischen Kauf und Verkauf und gaben dem Herrn beim Kauf aus seinem Gelde die actio utilis unmittelbar; in allen übrigen Fällen nur im Notfall. Bartolus und Paulus de Castro entschieden sich für den unmittelbaren Erwerb der actio utilis in allen Fällen. Daneben begegnen noch andere Lösungsversuche[405]). Heute hat man erkannt, daß die befriedigende Lösung an der mangelhaften Interpolation der Stelle scheitert[406]).

Hiermit schließt die Liste derjenigen Fälle, in denen die mittelalterlichen Juristen den unmittelbaren Erwerb der actio utilis zuließen. Einen weiteren Einbruch in das Gebiet der unmittelbaren Vertretungswirkung machte jedoch das von Baldus aufgestellte Prinzip der Relation oder Reziprozität. Wiederholt formuliert Baldus den Grundsatz, daß überall da, wo der Herr aus den Kontrakten seines Vertreters unmittelbar

---

[402]) Baldus, D. 3, 3, 68; 12, 1, 9, 8 n. 4.

[403]) Baldus, Consil. 2, 186 n. 1.

[404]) Vgl. Baldus, C. 5, 12, 12 n. 3.

[405]) Gl. empto ad leg. cit.; Bartolus; Baldus; Paulus de Castro, loc. cit.

[406]) Costa, Papiniano IV, Bologna 1899, p. 172 sq.; Mitteis, Privatrecht, I, S. 228.

obligiert und verklagt werden kann, er ex eodem contractu vice versa ohne Zession klagen kann, quia alias non esset sibi salvum suum interesse propter naturam relationis. Den Quellenbeweis für diesen Satz fand er vorzüglich in der erörterten l. 13 § 25 D. 19, 1 sowie in der l. 41 eod. titulo. Die wichtigste Folgerung aus diesem Satze war für ihn die, daß der Herr aus dem Barkauf seines Vertreters die actio utilis nur subsidiär, aus dem Kreditkauf hingegen sogleich erhält[407]). Die anderen Schriftsteller haben, soweit ich sehe, sich über diesen Grundsatz nicht geäußert.

Nach dem vorstehenden leitete man den Eintritt der unmittelbaren Wirkung in der Person des Vertretenen nicht aus dem Wesen der Stellvertretung her, sondern aus Prinzipien, die außerhalb der Stellvertretung liegen, ja ihr sogar zunächst gegenüberstanden. In der geschichtlichen Entwicklungslinie hätte es gelegen, diese vornehmlich der logischen Konsequenz, der Billigkeit und der Gerechtigkeit entnommenen Prinzipien zusammenzuschmelzen und das Produkt als regulatives Prinzip der Vertretungswirkung den Rechtssätzen über das stellvertretende Handeln an die Seite zu stellen. Statt dessen ist man über die Lehre der Scholastiker hinweggegangen und hat die Vertretungswirkung, indem man sie zum Begriffsmerkmale der Stellvertretung erhob, in den Mittelpunkt der Stellvertretungslehre gestellt. So wurde das Kind mit dem Bade ausgeschüttet und der Weg zu einem wirklich befriedigenden Rechtszustande verschlossen.

Den mittelalterlichen Juristen waren solche Anschauungen noch fremd. Das ergibt sich nicht nur daraus, daß für sie Stellvertretung auch dann vorlag, wenn keine unmittelbare Wirkung in der Person des Vertretenen eintrat, sondern daß sie umgekehrt auch die unmittelbare Wirkung zuließen, wenn das stellvertretende Handeln, ja sogar der Konsens des Herrn fehlt. Was statt ihrer wirkte, war die Surrogation. Kauft

---

[407]) D. 19, 1, 13, 7 n. 5; C. 4, 25, 5 n. 2; 4, 50, 7 n. 2.

der tutor oder curator vom Gelde des Pflegebefohlenen Sachen, so erwirbt dieser unmittelbar das utile dominium oder die utilis vindicatio, selbst wenn der Vertreter suo nomine handelt[408]). Derselbe Rechtssatz gilt für den praelatus oder administrator ecclesiae, der suo nomine, aber ex re ecclesiae kauft[409]). Ebenso erwirbt der Ehemann die actio utilis, wenn seine Frau aus Dotalgeld oder aus geschenktem Gelde suo nomine kauft[410]). Und endlich hat kraft Sonderrechtssatzes auch der Soldat die actio utilis, wenn sein procurator oder negotiorum gestor vom Gelde des Soldaten, aber suo nomine eine Sache erwirbt, wobei freilich bestritten war, ob das nicht bloß für den miles in actu militante galt[411]). Den Eintritt dieser Rechtsfolgen erklärte zwar Baldus gelegentlich durch die Fiktion, daß der Vertreter in diesen Fällen im Namen des Vertretenen handele[412]). In Wahrheit wirken hier jedoch officii necessitas und Eigentum am Gelde zusammen, um die unmittelbare Wirkung hervorzurufen. Sie bleibt daher aus, wenn ein extraneus vom Gelde des Pupillen Sachen kauft[413]), und hat auch dann nicht Platz, wenn das Kaufgeld ex re minoris redacta est. Denn, so meint Bartolus im Anschluß an Dinus, bei abweichender Regelung würde der Vertreter durch den zufälligen Untergang des Geldes befreit werden, weil es durch consumptio oder commixtio aufgebraucht werde; es sei daher vorzuziehen, daß der Vertreter das Eigentum am Gelde bekomme und dafür kraft seiner generellen Verant-

---

[408]) Vgl. Bartolus, D. 26, 7, 47, 6; 26, 9, 2; Baldus, C. 3, 32, 8 n. 3.

[409]) Vgl. Baldus, Consil. 1, 248; 299; C. 3, 32, 8 n. 4.

[410]) Näheres bei Baldus, C. 3, 32, 8 n. 5.

[411]) Vgl. Baldus, C. 3, 32, 8 n. 1.

[412]) Consil. 1, 53.

[413]) Vgl. oben n. 408. Bartolus will hier unter Berufung auf D. 46, 3, 88 dem Pupillen subsidiär eine Klage gewähren. Baldus weist das zurück und verweist auf die gesetzliche Hypothek des Pupillen am Vermögen des extraneus.

wortlichkeit hafte[408]. Nach dem Zeugnis des Bartolus war ein häufiger Anwendungsfall dieses Rechtssatzes die oben erwähnte Güter- und Wirtschaftsgemeinschaft des patruus und des pupillus. Kauft der patruus in eigenem Namen Güter mit gemeinschaftlichem Gelde, so fallen die Güter in das Eigentum des Oheims und des Neffen. Kauft er sie hingegen mit Geld, das aus gemeinschaftlichen Früchten erzielt worden ist, so werden die Güter sein Eigentum[414].

Neben dem Surrogationsprinzip hatten die Sonderregeln über das mutuum naturale eine Ausnahme von den Vertretungsgrundsätzen zur Folge. Im Anschluß an die Quellen[415] lehrte man, daß der Herr die condictio certi directa erwirbt, wenn jemand in dessen Namen auch ohne, ja gegen seinen Willen sein oder des Herrn Geld einem Dritten als Darlehen gibt. Und man berief sich hierfür auf die singulären Vorschriften für pecunia credita[416]. Nur Fulgosius lehnte diese Entscheidung ab. Offensichtlich unter Anlehnung an den Gedanken des Baldus, daß die Darlehenshingabe ein actus naturalis sei, meinte er, daß sich hier ein für jeden Realkontrakt geltendes Prinzip ausspreche, daß nämlich der Herr selbst den Kontrakt zelebriere, der andere aber nur sein ministerium accomodat, gleich als wenn der Herr zu seinem famulus sagte: numera und dieser darauf zahlt[417]. Eine wohl nicht unbedenkliche Erweiterung des Gehilfenbegriffs, denn es gehören auch solche Rechtsakte hierher, an denen der Herr nicht einmal durch seinen Konsens teilnimmt, und die daher eher Verträge zugunsten des Herrn sind.

Mit der Zulassung der actio utilis hatte man sich der

---

[414]) Bartolus, C. 3, 38, 4 n. 4; Baldus, C. 3, 38, 4 n. 3; Consil. 1, 53.

[415]) Vgl. Mitteis, Privatrecht, I, S. 226.

[416]) Rogerius, C. 4, 2; Placentinus, Distinctiones (Cod. Paris, 4603); C. 4, 2; Azo, C. 4, 2 n. 22, 32; Odofredus 4, 2, 4; Bartolus, C. 3, 42, 8; Baldus, D. 12, 1, 15 n. 30; Salicetus, C. 4, 2, 4.

[417]) C. 4, 2, 4 n. 1; 4, 27, 3.

direkten Stellvertretung angenähert, sie aber noch nicht erreicht, da der Vertreter Inhaber der actio directa blieb. Paulus de Castro meinte zwar gelegentlich, wohl im Hinblick auf D. 3, 3, 28, daß der procurator, der dem Herrn durch den Verkauf seiner Sache die actio utilis ohne Zession erwirbt, damit die actio directa verliert[418]), anderwärts aber, bei Schriftstellern wie im Statutarrecht, ist ein solcher Rechtssatz nicht zu finden. Mangels einer grundsätzlichen Erörterung dieses Punktes ist daher wohl anzunehmen, daß man die Rechtssätze über die Klagenkonkurrenz im Falle der Zession oder des gesetzlichen Uebergangs der actio utilis auch hier gelten ließ[419]). Diese Gestaltung mag zwar vom Standpunkte der deutschen Stellvertretungstheorie aus befremdlich erscheinen, ist aber von mehreren außerdeutschen Rechten noch bis auf den heutigen Tag beibehalten worden. So gewährt z. B. das englische Recht dem Vertreter neben dem Prinzipal in einzelnen Fällen ein sekundäres Klagerecht[420]). So hat im französischen Recht neben dem Kommissionär der Kommittent une action oblique[421]). So nehmen im dänischen Recht der Kommittent und der Kommissionär in einer freilich schwer durchsichtigen Weise gleichzeitig an der Berechtigung gegen den Dritten teil[422]). Ueber die nähere Gestaltung des Verhältnisses von Herr und Vertreter fehlen Angaben. Mit der actio utilis hat der Herr nicht bloß das Recht zur Klageerhebung, sondern auch zur außergerichtlichen Geltendmachung

---

[418]) D. 2, 14, 16, 1 n. 1.

[419]) Vgl. Fränkel Bd. 67, S. 102 f. der Zeitschrift für Handelsrecht.

[420]) Bowstead, Art. Principal and agent in der Encyclopaedia of the Laws of England. 2. Edit., London-Edinburgh 1908, II, p. 539.

[421]) Vgl. hierüber Müller-Erzbach in der Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart 1909, Bd. 36, S. 247 und seine zutreffende Erwiderung auf die Darstellung Neubeckers in demselben Bande S. 58.

[422]) Vgl. Lassen, Haandbog i Obligationsretten. Spec. Del. Kopenhagen 1897, S. 747 ff.; Die Handelsgesetze des Erdballs, X, 3, S. 134 f.

der Forderung, überhaupt zu jeglicher Verfügung über sie[423]). Bartolus ging darüber aber noch hinaus. In einem Gutachten entschied er unter Berufung auf D. 17, 1, 10, 6, daß der Herr auch vor der Zession der actio den Schuldner mit der Wirkung befreien könne, daß dieser der Klage des Prokurators die exceptio doli entgegensetzen kann. Denn der Herr könne den procurator ja auch zur Klage zwingen und daher mit der Klage machen, was ihm beliebe[424]). Dieser Satz war die letzte Konsequenz der mittelalterlichen Stellvertretungslehre. Mag der Vertreter ein mittelbarer oder unmittelbarer Vertreter sein, im Grunde wirkt seine Handlung von vornherein in den Vermögensbereich des Herrn, während er selbst eigentlich nur eine formelle Berechtigung erwirbt. Das mag wohl auch Baldus im Sinne gehabt haben, als er im Anschluß an den Ausspruch des Neratius in D. 2, 11, 14 sagte: cum aliquid geritur ab aliquo tanquam a ministro, domini personam inspiciendam[425]).

Die Stellvertretungslehre der mittelalterlichen Juristen warf auch in dem hier in Rede stehenden Punkte ihre Strahlen in ihre Gesellschaftslehre, die nur unter dieser Beleuchtung richtig verstanden werden dürfte. Auch hier standen sie unter dem Banne der römischen Regeln und sie waren, wie schon beim Besitzgehilfen angedeutet worden ist, von den Grundsätzen, die das Recht unserer heutigen Gesellschaft, insbesondere der offenen Handelsgesellschaft, beherrschen, noch weit entfernt. In der societas, quae decernitur ex publico, sind die Gesellschafter Korrealgläubiger, mögen sie zusammen oder einer für die anderen kontrahieren. Hierher gehören z. B. die zur Pachtung der öffentlichen Abgaben gebildeten Gesellschaften, die gesellschaftlich verbundenen argentarii, die magistri, qui

[423]) Vgl. Bartolus, Consil. 192.

[424]) Consil. 192; vgl. auch Paulus de Castro, D. 2, 14, 16, 1 n. 4.

[425]) D. 2, 11, 14.

presunt uni officio[426]). Die korreale Berechtigung begründete Jacobus de Ravanis und mit ihm Petrus de Bellapertica damit, daß hier plures unum actum in solidum exercent. Tunc quod unus facit, alter videtur facere. Et sic obligationem contrahere videntur insolidum[427]). Für die societas omnium bonorum war es streitig, ob die Gesellschafter der Gesellschaft unmittelbar die actio erwerben. Zu einer maßgebenden Entscheidung ist die mittelalterliche Wissenschaft hier nicht gelangt[428]). Bei der societas particularis, zu der vornehmlich auch der gesellschaftliche Betrieb einer mercantia, einer negotiatio, eines artificium gehört, gelten hingegen die allgemeinen Grundsätze. Die ältere Literatur stellte den Sozius einfach neben den procurator und den tutor und wies ihm schon damit dieselben Funktionen und Rechte wie diesen zu[429]). Rogerius und Placentin begründeten die sich an die Digesten anlehnende Aufeinanderfolge von mandatum und societas in ihren Systemen damit, daß wie beim Mandat auch in der Sozietät der eine das Geschäft des anderen führe. Socius quasi procurator est pro parte, sagt Placentin[430]). Später wurden folgende Regeln ausgebildet: Führen die Gesellschafter die Geschäfte selbst und kontrahieren sie insimul, so findet überhaupt keine Vertretung statt und jeder erwirbt die Forderung nach dem Verhältnis, in dem er an der Gesellschaft beteiligt ist, es sei denn, daß die Korrealität vereinbart wird. Kontrahiert aber einer für den andern, oder führen sie die Geschäfte durch einen Vertreter, insbesondere einen factor,

---

[426]) Vgl. Petrus de Bellapertica, C. 4, 2, 9; Bartolus, C. 8, 39, 1 n. 11; Felicius 30 n. 30, 39. Siehe auch oben III. n. 167.

[427]) Vgl. Cinus, C. 4, 2, 9. Petrus de Ubaldis IX, 1 führt die solidarische Berechtigung darauf zurück, quia ipsa administratio afficit eos insolidum, cum officium non sit divisum. Der Urheber der Lehre scheint übrigens Jacobus de Arena gewesen zu sein.

[428]) Vgl. Felicius 14 n. 13 ff.

[429]) Vgl. Rogerius, C. 2, 1; Florentiner Rechtsbuch 2, 1, 9.

[430]) Rogerius 4, 30; Placentin, C. 4, 37.

so erwirbt der Kontrahent die actio directa, während die übrigen Gesellschafter die actio utilis nur in den oben aufgezählten Fällen unmittelbar, im übrigen erst durch ihre Abtretung erhalten[431]. Für den Prozeß meinte Innozenz IV. hinsichtlich der rei credendi socii: Quilibet agit ex sententia pro alio lata und invicem unus alterius nomine agere et pacisci (videtur); denn als reus könne jeder von ihnen totum deducere in iudicium und als consocius kommuniziere ein jeder lucrum et damnum. Bei einfachen Gesellschaftern hingegen könne jeder nur seinen Anteil einklagen, ausgenommen den magister societatis, der für die anderen ex eius beneficio prozessieren könne, und außer dem Falle der Ratihabition[432]. Das war auch die gemeine Ansicht. Ohne Vollmacht der übrigen kann ein Gesellschafter nicht pro rebus societatis in solidum klagen[433]. Baldus betonte das insbesondere noch für den Fall, daß die Statuten den unmittelbaren Erwerb der actio durch Stellvertreter zulassen, und ließ nur für ein negotium individuum eine Ausnahme gelten[434]. Haben einmal sämtliche Gesellschafter die Klage erhoben, so kann nach C. 3, 40, 2 jeder von ihnen den Prozeß fortsetzen, wenn er die cautio de rato leistet[435].

2. Für den Pflichtenerwerb durch Vertreter stellte Azo fest, daß man aus dem Vertrage eines andern nicht directo, also civiliter obligiert werden könne, wohl aber iure praetorio, d. h. utiliter[436]. Das war auch die Auffassung der übrigen Juristen. Es bestand also kein Zweifel darüber, daß der Vertreter den Herrn obligieren kann. Ex contractu procuratoris

---

[431]) Baldus, D. 12, 1, 16 n. 3; C. 4, 2, 4 n. 14; Felicius 14 n. 29 ff. Felicius bemerkt, daß nach einer verbreiteten Ansicht bei eidlicher Bestärkung oder notarieller Stipulation die Gesellschafter die actio unmittelbar erwerben.

[432]) Decret. 5, 31, 14 n. 7. Vgl. Gierke, Genossenschaftsrecht, III, S. 285 n. 118.

[433]) Bartolus, C. 4, 2, 9 n. 1; Felicius 30 n. 53.

[434]) D. 12, 1, 16 n. 4.

[435]) Felicius 30 n. 53.

[436]) Comment. 4, 12, 3.

dominus tenetur et obligatur, bemerkt Roffredus, und er meint: Hoc facit mandatum domini[437]. Schon Azo berief sich zur Begründung des Satzes auf die Personeneinheit von Prinzipal und Vertreter[438] und Baldus stützte ihn darauf, daß der administrator tanquam persona representata, non tanquam ipse kontrahiert[439]. Die römisch-rechtlichen Kategorien behielt man allerdings bei. Der Herr wird daher je nach der Rechtsstellung des Vertreters mit der actio institoria, exercitoria und der actio utilis verklagt[440]. Aus Verkäufen des institor oder factor haftet er außerdem, wie man nach dem Vorgange des Angelus Aretinus hervorhob, mit der Eviktionsklage und mit der actio redhibitoria[441]. Bartolus betonte zwar den akzessorischen Charakter der adjektizischen Klagen und verglich die Rechtsstellung von Prinzipal und Vertreter mit dem Verhältnis vom Bürgen und Schuldner[442]. Und Baldus wies, um die Gewährung einer bloßen actio utilis zu rechtfertigen, auf den Ausspruch des Paulus in D. 44, 7, 11 hin mit dem Bemerken, daß die Obligation und der Obligationseffekt in der Person des Kontrahenten fundiert werde[443] und daß daher die actio in der Person desjenigen directa genannt werde, bei dem sie originaliter radicatur, also in der Person des Prokurators; der Herr haftet daher mit der actio utilis[444]. Es ist aber nicht ersichtlich, daß man aus diesen Sätzen irgendwelche Folgerungen gezogen hat.

Der vorstehende Grundsatz gilt für die gerichtliche wie für die außergerichtliche, für die freiwillige wie für die ge-

---

437) Tractatus aureus ordinis judiciarii (Coloniae Agrippinae 1591), I Rubr. de act. exercit. n. 4. 5.

438) Vgl. n. 436.

439) C. 5, 38, 1.

440) Vgl. Cinus, C. 4, 26, 7.

441) Decius 12, 1, 29.

442) C. 8, 39, 1 n. 12.

443) D. 2, 11, 15 n. 5.

444) D. 14, 3, 20.

setzliche Vertretung. Bei der Prozeßvertretung wurde besonders betont, daß der procurator nur die Person des Herrn repräsentiert[445]; wenn sie beide von Anfang an litigieren, so sind sie zwar domini instantiae in solidum, tamen isti non reputantur tanquam plures, sed tanquam unus et ideo nulla est impossibilitas, quia ambo eundem repraesentant[446]. Bei der gesetzlichen Vertretung blieb man, wie es scheint, ganz auf dem Boden des prätorischen Rechtes stehen[447], nach dem der Vertretene während des Amtes nur im Falle der Bereicherung oder der Zahlungsunfähigkeit des Vertreters, nach Beendigung des Amtes aber allgemein haftet[448].

War es sonach für die mittelalterlichen Juristen nicht zweifelhaft, daß der Herr durch die Akte seines Vertreters verbunden wird, so lag das Problem für sie darin, ob die Akte auch für den Vertreter selbst Rechtswirkung haben und wie sich diese Wirkung zur Verbindlichkeit des Herrn verhält.

Einverständnis bestand darüber, daß der Prozeßbevollmächtigte zwar verurteilt wird, aber aus dem Urteil nicht haftet. Gegen ihn wird daher weder die Exekution vollzogen noch die actio iudicati gegeben. Man rechtfertigte das mit verschiedenen Gründen. Accursius machte geltend, daß im Prozeß mehr auf die Person des Herrn als auf die des Vertreters gesehen werde und daß die Verpflichtung des letzteren eine obligatio necessaria sei, die ihn milder treffen müsse. Baldus fügte hinzu, daß die Obligation des Vertreters zwar aus dem Quasikontrakt der Litiskontestation entstehe, aber nur sekundärer Natur sei, da sie von der ursprünglichen Verpflichtung des Herrn abhinge[449]. Uebernimmt der Prozeß-

---

[445]) Baldus, D. 3, 3, 67 additio.

[446]) Baldus, C. 2, 12, 20 n. 7. Vgl. Rosenberg S. 428.

[447]) Vgl. Mitteis, Privatrecht, I, S. 223 f.

[448]) Azo, C. 5, 39; Accursius, D. 21, 2, 4, 1; Cinus, C. 4, 26, 7.

[449]) Gl. levabitur ad D. 3, 3, 67; Baldus, D. 2, 11, 15 n. 2; D. 3, 3, 67 n. 1, 2; 14, 3, 20 nova additio; Jason, D. 42, 1, 4 pr. n. 1.

vertreter freilich selbst eine Verpflichtung, verbürgt er sich z. B. für die Bezahlung der Urteilsschuld, so haftet er auch über die Beendigung des iudicium hinaus[450]). Nach ähnlichen Gesichtspunkten wurde der gesetzliche Vertreter behandelt. Accursius vermerkt, daß der gesetzliche Vertreter nach Beendigung seines Amtes nicht haftet und keine Exekution zu dulden braucht, es sei denn, daß er dolos oder culpos gehandelt hat oder in mora ist[451]). Diese Entscheidung billigte Baldus mit dem Bemerken, daß sie für jeden publicus administrator gelte[452]), und er stellte sie, wohl im Anschluß an Petrus de Bellapertica, auf eine breitere Grundlage mit der Formel, daß die Obligation, die eine sequela officii necessarii et publici sei, nicht über das Amt hinaus dauere[453]). Während aber noch Petrus gelegentlich aussprach, daß der administrator necessarius während der administratio aus seinen Kontrakten belangt werden könne[454]), unterschied bereits Jacobus de Ravanis und meinte, daß der Vertreter während seines Amtes zwar mit der actio iudicati verklagt werden könne, die imploratio officii iudicis treffe aber nur den pupillus und die Vollstreckung gehe nur in dessen Vermögen[455]). Ebenso betonte Baldus im Anschluß an C. 4, 15, 1, daß der Vormund wegen Schulden des Pupillus die Immission in sein Vermögen nicht zu dulden brauche[456]), und er erklärte an anderer Stelle, daß der gesetzliche Vertreter nur in zwei Fällen aus seinen Verträgen hafte, nämlich wenn er sein officium überschreitet oder wenn er die Schuld auf sich genommen hat[457]). Somit war der wohl schon im römischen

[450]) Baldus, D. 2, 11, 15 n. 2; 3, 3, 67 additio.

[451]) Gl. obtemperaverit ad D. 2, 11, 15; Gl. levabitur ad D. 3, 3, 67; Gl. conveniendo ad C. 5, 39, 1.

[452]) Ueber den administrator civitatis siehe v. Buchka S. 215.

[453]) D. 2, 11, 15 n. 2; 3, 3, 67 n. 3.

[454]) Vgl. Cinus, C. 4, 26, 7.

[455]) Cinus, C. 5, 39, 1.

[456]) C. 4, 15, 1.

[457]) C. 6, 42, 20 n. 1, 2.

Recht erscheinende Satz[458]), daß der gesetzliche Vertreter aus seinen Vertretergeschäften nicht in Anspruch genommen werden kann, auch für die mittelalterliche Doktrin rechtens.

Ueber die Regelung der gewillkürten Vertretung gingen die Ansichten auseinander. Den engsten Anschluß an die Quellen suchte die Glosse, die den procurator für dauernd verhaftet erklärte. Nicht gerade überzeugend wies sie zur Begründung seiner Eviktionshaftung nach D. 3, 3, 63 darauf hin, daß der Kontrahent sich nur die Person des Käufers ansehe, da man ja auch eine fremde Sache verkaufen könne[459]). Eine festere Stütze konnte diese Ansicht in dem Gedanken finden, quod administrator voluntarius videtur fidem suam adstringere[460]). Mit der Glosse hielten es Petrus de Bellapartica[461]), Johannes Faber[462]), auch Jason[463]), und für das Seerecht lehrte noch Roccus, daß der Reeder und der Kapitän aus des letzteren Kontrakten elektiv, aber solidarisch in Anspruch genommen werden können[464]). Auf den entgegengesetzten Standpunkt stellte sich Jacobus de Arena. Die Erklärung des Bankvorstehers in D. 14, 3, 20 faßte er abweichend von den doctores nicht als die confessio eines vergangenen factum, sondern als eine Verpflichtung in der Eigenschaft als persona officialis auf und er erachtete daher die Entscheidung des Scaevola als eine Stütze für seine Ansicht, daß der Administrator, der in rem domini kontrahiert, nur den Herrn, nicht aber sich tanquam principalem et privatam per-

---

458) Vgl. Mitteis, Privatrecht, I, S. 224.

459) Cit. Gl. levabitur.

460) Vgl. Baldus, C. 4, 26, 7 n. 6.

461) Vgl. Cinus, C. 4, 26, 7. Gegenüber der Glosse hebt Petrus, C. 4, 25, 2 hervor, daß der Institor oder der Herr elektiv verklagt werden können.

462) J. 4, 7, 1 n. 12.

463) D. 41, 1, 4 pr. n. 1.

464) n. 69.

sonam obligiert[465]). Diese Ansicht teilte Buttrigarius[466]), Baldus verteidigte sie mit gewichtigen Gründen, ohne sich ihr freilich unbedingt anzuschließen[467]). Im Verkehrsleben, das ja, wie erwähnt, nach einer Freistellung des Vertreters von jeder Haftung hinstrebte, fand sie lebhaften Widerhall, und sie erhielt ihre Anerkennung in dem bekannten, oft zitierten Ausspruch des Angelus Aretinus: Factores moderni mercatorum non tenentur ex contractibus, quos gerunt[468]). Freilich nahmen Theorie und Praxis der Ansicht des Jacobus de Arena ihre Schärfe. Nach Arena wird, wie hervorgehoben, der Vertreter, wenn er simpliciter auftritt, in Zweifel nicht obligiert, da von ihm nicht zu vermuten sei, daß er beabsichtige, fidem suam adstringere[469]). Buttrigarius hingegen ließ die Ansicht des Arena nur dann gelten, wenn der Vertreter procuratorio nomine handelt[466]). Und der Florentiner Gerichtshof gelangte unter dem Beifall des Jason zu folgender Entscheidung: Wenn der factor auch in der epistola schreibt, mensam esse debitricem, aber hinzufügt, se pecuniam vel res recepisse, so gibt er damit kund, daß er seine fides adstringiere, und kann daher verklagt werden[470]). Auch für diejenige Ansicht, die bei der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung die Stellvertretung in modernem Sinne grundsätzlich zuließ, war demnach mit dem Auftreten als Vertreter noch keineswegs der Ausschluß der Haftung gegeben. Auch hier entscheidet das Handeln als Vertreter für sich allein noch

---

[465]) Vgl. Cinus, C. 4, 26, 7; Bartolus, D. 3, 3, 67 n. 1; Baldus, D. 2, 11, 15 n. 5.

[466]) Vgl. Bartolus loc. cit.; Baldus, C. 5, 38, 1 n. 1.

[467]) D. 14, 3, 20 nova additio n. 3 ff.; C. 4, 26, 7 n. 5. Vgl. im einzelnen v. Buchka S. 218 f., der jedoch mit Unrecht Baldus als Anhänger des Arena hinstellt. Allerdings hat Baldus geschwankt. Siehe unten n. 469, 474.

[468]) Vgl. Paulus de Castro, D. 14, 1, 15 n. 4; v. Buchka S. 224.

[469]) Ebenso Baldus, Consil. 5, 366. Vgl. auch Baldus, C. 6, 42, 20 n. 1.

[470]) Jason, D. 41, 1, 4 pr. n. 2.

nicht über die Wirkung der Handlung. Diese wird vielmehr von den Umständen des einzelnen Falles beeinflußt. Eine ähnliche Regelung finden wir auch heute noch im englischen Rechte[471].

Zwischen den Extremen des Accursius und des Arena standen mehrere vermittelnde Ansichten. Die einen legten D. 14, 3, 20 dahin aus, daß der institor mit der Beendigung seines Amtes von der Haftung frei wird. Bartolus schränkte diese Auslegung auf den Fall ein, daß der Vertreter aus seinem Rechtsakte lediglich obligiert wird, aber nicht erwirbt, ließ ihn daher dauernd haften, wenn er etwas erwirbt, wie z. B. den Kaufpreis oder eine actio, mag er auch auf Grund des internen Auftragsverhältnisses zur Herausgabe oder Zession verpflichtet sein[472]. Hat der Vertreter freilich seinerseits im Falle der Herausgabe oder der Zession keinen anderen Rückhalt als die Mandatsklage, so kann er sich gemäß D. 15, 1, 51 durch Zession dieser Klage von seiner Haftung befreien[473]. Baldus endlich modifizierte die Lehre des Jacobus de Arena dahin, daß der administrator, der super re domini vel in genere kontrahiere, zwar obligiert werde, aber nicht gehalten sei, de suo zu zahlen. Er kann daher verklagt werden, aber nur, ut solvat de rebus domini, und er haftet mithin nicht, wenn der Herr zahlungsunfähig ist, es sei denn, daß er dolos oder culpos gehandelt hat oder infolge seines Auftretens als Prinzipal zu behandeln ist[474]. Diese wohl schließlich von Baldus festgehaltene Lehre hat sich Alciatus zu eigen gemacht und beherrschte die gemeinrechtliche Literatur[475]. Auch für sie war die Stellung als Vertreter mit dessen Haftbarkeit nicht unvereinbar.

---

[471] Vgl. Bowstead p. 532 sq.

[472] Bartolus, D. 14, 3, 20 n. 1. Vgl. auch Baldus, D. 3, 3, 67 n. 4.

[473] D. 3, 3, 67 n. 1 ff. Vgl. auch v. Buchka S. 216 f.

[474] D. 14, 3, 20 nova additio. Mit Unrecht hat demnach v. Buchka S. 219, 222 Alciat als den Urheber dieser Lehre hingestellt.

[475] Vgl. v. Buchka S. 219, 222 n. 10, 223.

Sonderregeln unterlag die Darlehnsaufnahme durch den Vertreter. Rogerius hob hervor, daß die condictio certi sich von allen anderen Kondiktionen dadurch unterscheide, quia per alium queritur directa; gegen den Herrn, in dessen Namen ein Darlehn aufgenommen worden ist, werde die condictio directa gegeben. Bleibe die Ratifikation aus, so hafte der Vertreter mit der condictio utilis[476]. Azo, dem es so wenig wie den folgenden Scholastikern gelang, die Vertretung bei der Darlehnsaufnahme vom Kreditauftrag und der Anweisung deutlich zu unterscheiden, lehrte für die Vertretung folgendes: Gibt der Gläubiger dem Prokurator das Darlehn contemplatione domini tantum, so haftet lediglich der Herr und zwar mit der actio negotiorum gestorum oder der actio utilis institoria. Handelt der Vertreter ohne Mandat, so haftet der Herr bei versio in rem, nützlichem Beginne der versio oder bei Ratihabition nur mit der actio negotiorum gestorum oder mit der actio de in rem verso[477]. Gibt der Gläubiger das Darlehn contemplatione procuratoris tantum, nämlich wohl weil er nicht wußte, daß er es mit einem procurator zu tun hatte, so haftet der procurator aus dem Darlehnskontrakt und der Herr mit der actio institoria. Gibt er es utriusque contemplatione, so haften beide in der dargelegten Weise. Gibt er es endlich dem procurator contemplatione accipientis tantum, d. h. also wohl nicht in seiner Eigenschaft als procurator, so haftet nur der Empfänger[478]. Diese Distinktion wurde fast wörtlich von der Glosse übernommen[479] und von den folgenden Juristen im wesentlichen festgehalten, nur mehrfach besonders in der Richtung ergänzt, wann ein contemplatione domini agere vorliegt[480]. Dabei bestand die Neigung, diese Grundsätze auf

---

[476]) C. 4, 2. Aehnlich Summa Trecensis 4, 2. Vgl. auch Placentin, C. 4, 2.

[477]) Vgl. hierzu Mitteis, Privatrecht, I, S. 227.

[478]) C. 4, 2 n. 33.

[479]) Gl. abundanti ad D. 3, 5, 6 (5), 3 (1).

[480]) Vgl. bes. Bartolus ad D. 3, 5, 6 (5), 3 n. 2 ff.; Baldus, D. eod. loco.

alle Realkontrakte auszudehnen[481]). Auf die Darlehnsaufnahme seitens des tutor und curator wendete Azo die allgemeinen Grundsätze an, nach denen der Vertretene während des Amtes nur im Falle der Bereicherung oder Zahlungsunfähigkeit des Vertreters haftet[482]). Ihm folgte, wie es scheint, Petrus de Bellapertica[483]). Nach den Distinctiones Tubingenses hat der Gläubiger gegen den pupillus und adultus die actio directa negotiorum gestorum, wenn der tutor oder curator das Darlehen alieno nomine et in re aliena erhalten hat, die actio utilis negotiorum gestorum, wenn jene das Darlehen suo nomine et in re aliena aufgenommen haben, während sie selbst in letzterem Falle mit der certi condictio haften[484]). Die Glosse aber, und im Anschluß an sie Baldus, behandelte den tutor und curator wie den gesetzlichen Vertreter der juristischen Person[485]). Für diesen aber war die l. 27 D. 12, 1 die maßgebende Quelle. Danach haftet der Prinzipal aus dem Darlehn nur dann, wenn er auch das Geld wirklich erhalten hat, während im anderen Falle lediglich der Vertreter haftet. Ueber die Tragweite der l. civitas bestand allerdings ein Streit, der in den schwankenden Anschauungen über das Wesen der juristischen Person wurzelte[486]). Während die Glosse diese lex auf sämtliche collegia ausdehnte[487]), sah Jacobus de Arena in ihr ein Privileg der civitas und hielt nach den Auslegungsgrundsätzen für Privilegien ihre Ausdehnung auf andere juristische Personen für unzulässig[488]). Wilhelmus de Cuneo und

---

[481]) Siehe n. 480 und Baldus, C. 4, 26, 7 n. 5.

[482]) C. 4, 2 n. 33; 5, 39.

[483]) Vgl. Baldus, C. 4, 26, 7 n. 7.

[484]) N. 19 bei Seckel S. 307.

[485]) Gl. abundanti ad D. 3, 5, 6 (5), 3, (1); Baldus, C. 4, 26, 7 n. 7.

[486]) Vgl. Gierke, Genossenschaftsrecht, III, S. 335, 390 ff., 461 ff.

[487]) Gl. sunt ad D. 12, 1, 27. Vgl. Gierke S. 229.

[488]) Ebenso Ludovicus Pontanus und Jason. Vgl. Gierke, S. 487.

Buttrigarius meinten, daß diejenigen collegia, in denen cadit verus consensus singulorum oder in denen die einzelnen ut singuli, nicht ut universi konsentieren, durch ihre Vertreter schlechthin obligiert werden; hierher gehören die collegia, die negotia particularia betreiben, z. B. die collegia, welche die redditus ex publico kaufen, die collegia pistorum, die florentinischen societates bardorum, überhaupt die Zünfte. Für die übrigen juristischen Personen hingegen, in denen nicht der wahre Konsens der einzelnen gefunden werde, z. B. die collegia civitatis, castri, villae, gelte die l. civitas[489]). Auch Bartolus, der grundsätzlich der Glosse folgte, sowie Baldus ließen sich durch diese Erwägungen beeinflussen. Da sie die juristische Person für willens- und handlungsfähig erachteten[490]), so hielten sie es auch für möglich, daß das collegium selbst das Darlehn aufnimmt, wenn nämlich z. B. das consilium, das parlamentum, das arengum generale dem syndicus die Spezialvollmacht zur Darlehnsaufnahme erteilt oder wenn der Prälat cum consensu totius capituli das Darlehn erhält. In diesem Falle braucht der Gläubiger nach ihrer Ansicht die versio in rem nicht darzutun. Sie schränkten das Anwendungsgebiet der l. civitas daher auf den Fall ein, daß der Vertreter kraft seiner generellen concessio administrationis das Darlehn aufnimmt[491]). Wie bei den Einzelpersonen erkannten sie mithin bei den juristischen Personen eine zwiefache Verwendung von Mittelspersonen an. Im einen Falle handelt sie als Bote oder Gehilfe, im anderen Falle als Stellvertreter. Die Vorstellung eines Organs der juristischen Personen war den Legisten noch fremd.

Auch die Verpflichtung der Gesellschaften wurde nach den Grundsätzen der Stellvertretung geregelt. In der Entwicklungsgeschichte der offenen Handelsgesellschaft ist dieser

---

[489]) Vgl. auch Gierke S. 463.

[490]) Vgl. Gierke S. 390, 461.

[491]) Vgl. Bartolus, D. 12, 1, 27; Baldus eod. loc. n. 2 ff.; Salicetus eod. loc. n. 2 f. Vgl. auch Gierke S. 335, 399 f., 486.

Punkt ausgiebig erörtert worden, zumal man die Entstehung der offenen Handelsgesellschaft, vielleicht über Gebühr, vorzugsweise an die Anerkennung der Solidarhaft der Gesellschafter geknüpft hat[492]). Hier ist das Problem nur von dem Gesichtspunkte der Stellvertretungslehre zu betrachten. Wie im Erwerb von Rechten, so nimmt auch in der Begründung von Pflichten die societas, quae a publico decernitur, eine Sonderstellung ein. Mögen die Gesellschafter geschlossen oder getrennt handeln, sie vertreten sich im Zweifel gegenseitig und haften für die Verbindlichkeiten solidarisch[493]). Wird daher uni ex duobus collegis in officio Kredit gewährt, so haftet der andere Sozius solidarisch[494]). Bei den übrigen Gesellschaften wurde die Vertretung der Gesellschafter auch zugelassen und zwar hing der Eintritt der Vertretungswirkung von zwei Voraussetzungen ab. Einmal wurde die Sozietät nur verpflichtet, wenn der Akt des geschäftsführenden Gesellschafters in den Geschäftskreis, die forma der Gesellschaft, fiel. Gehört das Geschäft der causa formalis nach nicht zur Sozietät, so handelt der Gläubiger, der im Streitfalle die Innehaltung der forma beweisen muß, auf eigene Gefahr und verbindet höchstens den geschäftsführenden Gesellschafter. Ist

---

[492]) Vgl. insbes. Endemann, Studien in der romanisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre, I, 1874, S. 343 ff. Weitere Literatur bei Karl Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Aufl., 1912, S. 291 ff. Vgl. neuerdings insbes. Hacman, Beitrag zur Entwicklung der offenen Handelsgesellschaften (Bd. 68, S. 439 ff.; Bd. 69, S. 47 ff. der Zeitschrift für Handelsrecht); Scialoja, Sull' origine delle società commerciali (Studi Senesi Vol. 28) p. 1 sq.

[493]) Vgl. Petrus de Bellapertica, C. 4, 2, 9; Bartolus, C. 8, 39, 1 n. 11; Petrus de Ubaldis IX, 1; Felicius 30 n. 30, 34.

[494]) Cinus, C. 4, 2, 9. Nach den Bemerkungen des Bartolus, D. 14, 1, 4 pr.; C. 8, 39 n. 11; des Baldus, D. 12, 1, 16 n. 4, sowie des Petrus de Ubaldis kann es freilich zweifelhaft sein, ob Jacobus de Arena, der wohl diese Lehren präzisiert hat, sie nur auf öffentliche Gesellschaften bezogen hat. Für Petrus de Bellapertica ist letzteres unzweifelhaft.

eine Gesellschaft z. B. auf 5 Jahre geschlossen worden, so hört mit dem Ablauf der 5 Jahre die Haftung des Gesellschafters auf, selbst wenn der Gläubiger die Befristung nicht gekannt hat[495]). Für solche Geschäfte aber, die in der forma societatis enthalten sind, wurde unterstellt, daß die Gesellschafter sich mit der Gesellschaftsbegründung gegenseitig bevollmächtigen, sich die auctoritas expediendi ad societatis formam, die potestas obligandi erteilen[496]). Ist dann auch noch die zweite Voraussetzung erfüllt, daß nämlich der geschäftsführende Gesellschafter im Namen der Gesellschaft handelt, so verpflichtet er mit seinem Geschäfte die übrigen Gesellschafter[497]). Für die Art ihrer Haftung aber stellte man in engem Anschluß an die römischen Quellen folgende Rechtssätze auf: Lassen die Gesellschafter die Geschäfte durch einen institutor oder exercitor, oder wie man damals gewöhnlich sagte, durch einen factor führen, so haftet aus dessen Rechtsgeschäften ein jeder von ihnen solidarisch mit der actio institoria oder exercitoria[498]). Wenigstens war dies die herrschende Ansicht[499]). Führen die Gesellschafter die Geschäfte selbst und kontrahieren sie alle zusammen, so haften sie proratarisch, und zwar in dem Verhältnis, in dem sie an der Gesellschaft beteiligt sind[500]). Eine Ausnahme wurde nur

---

[495]) So Decius, D. 12, 1, 16 n. 4, der sich für seine Ansicht auf ein Gutachten des Paulus de Castro stützt. Gemeint ist wohl dessen consil. (Consilia, Lugdun. 1546), 1, 415. Darin, insbes. in n. 2, erörtert Castro aber nur das interne Gesellschaftsverhältnis.

[496]) Das Nähere siehe bei Ancharano, Consil. 332 n. 3, 5, 7; Felicius 30 n. 7 ff. Vgl. auch Endemann S. 398 f.

[497]) Vgl. Baldus, Cons. 5, 125; Tartagnus, Consil. 5, 139; 7, 217; Felicius 30 n. 2 ff.

[498]) Bartolus, D. 14, 1, 4 pr. n. 1; C. 8, 39, 1 n. 11; Petrus de Ubaldis IX, 1.

[499]) Vgl. Felicius 30 n. 32.

[500]) Bartolus, D. 14, 1, 4 pr. n. 1; C. 8, 39, 1 n. 11; Baldus, Cons. 5, 135; Tartagnus, Cons. 2, 147 n. 1; Felicius 30 n. 34. Für das Seerecht siehe Roccus n. 67.

auf Grund des in D. 21. 1, 44 wiedergegebenen Edikts, durch das der römische Aedil die Solidarhaft der Sklavenhandelsgesellschafter bestimmt hatte [501]), für den gesellschaftlichen Verkauf von animalia ausgesprochen [502]). Führt endlich nur einer der Gesellschafter die Geschäfte oder führen zwar alle die Geschäfte, kontrahieren sie aber getrennt, so tritt solidarische Haftung ein, wenn der geschäftsführende Gesellschafter oder alle Gesellschafter gegenseitig ausdrücklich oder stillschweigend zu institores bestellt worden sind [503]). Hier konnte es oft zweifelhaft werden, wann eine stillschweigende praepositio anzunehmen ist. Bartolus unterstellte sie in jedem Falle, wenn die socii separatim exercent, z. B. der eine in Paris, der andere in Florenz handelt, der eine eine mercantia lanae, der andere eine mercantia pannorum betreibt [504]). In dieser Allgemeinheit fand die Entscheidung aber nicht überall Anerkennung; insbesondere widersprach ihr Fulgosius [505]). Die Praxis hatte dabei mit der Vielgestaltigkeit der gesellschaftlichen Beteiligungen zu kämpfen und erkannte zutreffend, daß jene Entscheidung des Bartolus z. B. für die stille oder die Kommanditgesellschaft nicht paßt. Lehrreich sind in dieser Richtung die Gutachten des Alexander Tartagnus [506]) und die Entscheidungen der Rota Genuensis [507]). Die Solidarhaft der Gesellschafter entsprach den Bedürfnissen der Zeit. Wo ihre Keime liegen, ist noch heute umstritten. Die Rota Genuensis sah sie in der consuetudo inveterata mercatorum [508]).

---

501) Vgl. Trumpler S. 33.

502) Felicius 30 n. 35.

503) Bartolus (siehe n. 498); Baldus, Cons. 5, 263; Petrus de Ubaldis IX, 1; 4; Paulus Castrensis, Cons. 2, 345 n. 1; Felicius 30 n. 31.

504) Siehe n. 498.

505) D. 2, 14, 9.

506) Insbes. Cons. 5, 139; 7, 210, 217.

507) Decisiones (Francofurti a. M. 1662), insbes. Dec. 14 n. 72, 76, 87, 111, 116. Vgl. Endemann S. 394.

508) Dec. 46 n. 1; 97 n. 1. Vgl. Endemann S. 397.

Und sie dürfte damit recht gehabt haben. Die Theorie hat jedenfalls dazu beigetragen, sie zu klären und zu befestigen. Wo sie ihr noch den Eingang versperrte, bahnten ihr die Statuten den Weg [509]). Die letzte Frage ist, ob der Gesellschafter befugt ist, für die Gesellschaftsschulden das Gesamtvermögen der übrigen Gesellschafter zu verhaften. Hier hat Ancharano, der Schüler des Baldus, in einem Gutachten die grundlegende Lehre aufgestellt, daß die Gesellschaft, das corpus societatis, durch das Gesellschaftsvermögen repräsentiert werde; der praepositus obligiere non amplius praeponentem quam sit in illa negotiatione repertum, quia videtur contrahi cum ipsa merce potius quam cum domino vel praeposito ... unus quisque enim eorum merci magis quam ipsi crediterit [510]). Dieser Lehre, nach der der Gesellschafter nur mit dem Werte seiner Einlage haftet, folgte z. B. Philippus Decius [511]). Sie war das Gegenbild zu dem Satz, daß das Handelsvermögen der vorzugsweisen Befriedigung der Handelsgläubiger diene [512]), und gelangte im Seerecht zu bleibender Bedeutung durch den insbesondere durch Hugo Grotius gegenüber dem römischen Rechte warm verteidigten Satze, daß der Reeder aus den Kontrakten des Kapitäns nur ad aestimationem navis et eorum, quae in nave sunt, hafte [513]).

3. Am Schlusse ist noch die Mitwirkung des Stellvertreters bei der Schuldtilgung zu betrachten. In Anknüpfung an das römische Recht erkannten die mittelalterlichen Juristen an, daß hier das stellvertretende Handeln unmittelbar für und gegen den Prinzipal wirkt [514]). Gläubiger und Schuldner können nach ihrer

---

509) Vgl. Hacman, Bd. 69, S. 78 ff. der Zeitschr. f. Handelsrecht.

510) Cons. 332 n. 4, 7.

511) D. 12, 1, 16.

512) Vgl. Paulus Castrensis, Cons. 1, 285 n. 3; Straccha, Tractatus de conturbatoribus sive decoctoribus (Lugdun. 1558), ult. pars n. 20 sq.; Roccus, cent. sec. Resp. 86; K. Lehmann, Lehrbuch S. 108 n. 3. Dagegen schon Bartolus. Vgl. Petrus de Ubaldis VIII, 48.

513) De jure belli ac pacis 2, 11 n. 13.

514) Vgl. Baldus, C. 8, 42, 4 n. 3; eod. tit. 12, 19 n. 1.

Lehre einen minister, aber auch einen procurator verwenden. Beide unterscheiden sich durch ihren Anteil an dem Erfüllungsakt. Der minister des Gläubigers hat lediglich den Erfüllungsgegenstand seinem Prinzipal zu übermitteln; die Aushändigung an ihn wirkt wie die Aushändigung an den Gläubiger [515]). Der Prokurator des Gläubigers dagegen empfängt nicht nur den Erfüllungsgegenstand, sondern vollzieht auch den Rechtsakt der Befreiung des Gegners [516]). Das erhielt seinen deutlichen Ausdruck in der Unterscheidung des Petrus de Bellapertica, daß der Schuldner durch die Zahlung an den procurator sein kann liberatus oder liberandus. Die Formel für den ersten Fall ist: Benedictus sit deus, quia sum liberatus; die Formel für den zweiten Fall ist: volo quad tradas domino et facias me liberari. Die Vermutung spricht für die Absicht sofortiger Liberierung. Bei Eigentumsvorbehalt tritt keine Befreiung ein: non enim debet simul habere dominium pecunie sue et commodum liberationis. Nicht recht ersichtlich ist, ob in dem Falle künftiger Liberierung das Eigentum zunächst auf den procurator übertragen wird. Zulässig erschien jedenfalls eine solche Form der Erfüllung; die typische Formel hierfür war: tene, transfero in te dominium nomine domini tui. Doch wird im Zweifel bei Mitwirkung eines simplex procurator das Eigentum sofort auf den Gläubiger übertragen: nam alias videtur quodammodo pecuniam suam iactare, quod non esse debet [517]) [518]). Auch die Schuld erlassen und Quittung erteilen kann der procurator des Gläubigers [519]).

Der minister des Schuldners hat den Erfüllungsgegen-

---

[515]) Petrus de Bellapertica, Repet. ad C. 6, 2, 19.

[516]) Ueber diese beiden Elemente der Erfüllung siehe Kretschmar, Die Erfüllung, I, 1906, S. 1 ff., 117 ff.

[517]) Petrus de Bellapertica, Sum. Cod. 6, 2, 19.

[518]) Ueber den animus des Schuldners und des Prokurators bei der Erfüllung vgl. oben II. n. 137, 139.

[519]) Baldus, C. 8, 41, 4 n. 1; Consil. 5, 109 n. 2.

stand zum Gläubiger zu tragen[520]), erst die Uebergabe an diesen befreit den Schuldner[521]). Der procurator des Schuldners hat daneben noch den Befreiungsakt vorzunehmen. Aus seinem pactum liberationis, das er sub nomine officii abschließt und das er nach Baldus unmittelbar auf den Herrn konzipieren kann, erwirbt er diesem ohne Zession die exceptio doli[522]).

Wie die Römer, so haben auch die mittelalterlichen Juristen zugelassen, daß jemand aus eigenen Mitteln die Schuld eines anderen bezahlt. Jhering hat, ohne damit viel Anklang zu finden, hier Stellvertretung angenommen[523]). Die mittelalterlichen Juristen haben sich mit der juristischen Natur dieses Rechtsvorganges nicht beschäftigt; sie haben nur betont, daß es für die Rechtswirkung unerheblich ist, wenn der Vertreter den gekauften Gegenstand aus eigenem Gelde bezahlt[524]). Die Theologie unserer Zeit spricht bei der Satisfaktionslehre von stellvertretender Genugtuung (satisfactio vicaria)[525]). Die mittelalterlichen Theologen haben weder äußerlich die Kategorie der Stellvertretung hier angewendet noch sachlich die Satisfaktion auf die Stellvertretung bezogen. Freilich ist die Satisfaktionslehre nicht frei von juristischen Elementen. Ihr Begründer, der heilige Anselm, hat sich an das germanische Institut der Strafbuße angelehnt[526]). Und Thomas von

---

520) Rogerius, C. 4, 5; Azo, C. 4, 4 n. 21; Accursius, Gl. intercedente ad D. 12, 4, 14.

521) Petrus de Bellapertica, C. 6, 2, 19.

522) Vgl. Bartolus, D. 2, 14, 10, 2; Baldus, D. 2, 14, 10, 2 und 17, 4. Sonderbarerweise stellt Baldus hier dem procurator den nuntius an die Seite.

523) Jherings Jahrbücher II, S. 93 ff. Vgl. dazu Oertmann, Die Zahlung fremder Schulden (Archiv für zivilist. Praxis 82) S. 93 ff.; Kretschmar S. 27 ff.

524) Vgl. Baldus, Consil. 5, 167.

525) Vgl. Schwane, Dogmengeschichte der mittleren Zeit, 1882, S. 322; Simar, Lehrbuch der Dogmatik, 4. Aufl., I, 1899, S. 519.

526) Vgl. Harnack, Lehrbuch der Dogmengeschichte, III, 4. Aufl., 1910, S. 390 f.

Aquino hat den Opfertod Christi als eine redemptio angesprochen und das Blut Christi als pretium redemptionis bezeichnet[527]. Durch seinen Tod habe Christi die Menschen von ihrer Schuld erlöst und ihre Sünde getilgt. Er hat aber nicht als ihr Stellvertreter gehandelt. Gegen die Stellvertretung würde noch nicht, wie Harnack meint, ins Gewicht fallen, daß Christus keine Strafe an der Menschheit Statt erleidet, sondern „ein Gut aufbringt, dessen Wert an dem Werte seines Lebens bemessen wird“[528]. Denn der Satz: volente creditore aliud pro alio solvi potest hat alle Zeit gegolten: Gott konnte daher eine andere Genugtuung als die Strafe annehmen. Wohl aber kommt gegen die Stellvertretung im Rechtssinne in Betracht, daß Christus ohne Vollmacht und ohne Genehmigung der Menschen die Genugtuung geleistet hat. Gott hat ihm den Tod geboten, sagt Anselm[529]; Christus passus est voluntarie ex oboedientia patris, heißt es bei Thomas[530]. Ferner hat Christus nicht als Stellvertreter der Menschheit gehandelt, weil diese gar nicht imstande war, sich selbst von ihrer Schuld zu befreien; nur ein Gottmensch konnte Gott versöhnen[531]. Christus hat also aus sich heraus als persona principalis gehandelt. Darauf weist auch Thomas hin, indem er ausführt[532]: si enim aliquis solvat pro redemptione alicuius pretium, quod non est suum, sed alterius, ipse non dicitur redimere principaliter, sed magis ille, cuius est pretium. Pretium autem redemptionis nostrae est sanguis Christi vel vita eius corporalis, quae est in sanguine, quam ipse Christus exolvit. Der eigentliche Grund, warum Christus durch sein Leiden die Menschheit von der Sünde befreit hat, ist daher, soweit die redemptio in Frage steht, nach Thomas auch

---

[527]) Summa theologiae (Lugdun. 1738), III, quaest. 48, art. 4, 5.

[528]) S. 402.

[529]) Cur deus Homo (Ed. Fritzsche, Turini 1868), 1, 9.

[530]) III, qu. 47, a. 3.

[531]) Cur deus Homo 1, 5; 2, 6.

[532]) III, qu. 48, a. 5.

nicht sein stellvertretendes Leiden, sondern die Tatsache, daß er ist caput nostrum; per passionem suam, quam ex charitate et oboedientia sustinuit, liberavit nos tamquam membra sua a peccatis, geradeso wie der Mensch durch ein verdienstliches Werk, das er mit der Hand vollbringt, sich von der Sünde loskauft, die er mit dem Fuße begangen hat[533]. Caput et membra sunt quasi una persona mystica et ideo satisfactio Christi ad omnes fideles pertinet sicut ad sua membra[534].

Die Organtheorie spielt in der heutigen Rechtswissenschaft eine nicht unerhebliche Rolle. Die mittelalterlichen Legisten haben sie bei der Betrachtung der Stellvertretung in ihren verschiedenen Gestalten nicht verwertet. Die Theologen des Mittelalters anderseits haben sich bei der Erörterung der natürlichen und übernatürlichen Ereignisse des religiösen Lebens vor der Verwendung der juristischen Kategorie der Stellvertretung gehütet und den Organbegriff gebraucht, der hier wohl am Platze ist, da er den Geschehnissen des Natur- und Geisteslebens angehört. Kann uns diese Tatsache nicht zu nachdenklicher Betrachtung anregen?

---

533) III, qu. 49, a. 1.
534) III, qu. 48, a. 2.

XV.

Zum Negerrecht in Surinam.

Von

Josef Kohler.

Von den Negerstämmen in Surinam haben sich seinerzeit eine Menge in den Urwald geflüchtet, dort Niederlassungen gegründet und sich zu Stämmen unter Granmans und Obergranmans organisiert. Ihre Rechtsverhältnisse sind bereits von Riemer, Coster, Bonaparte geschildert worden; das wichtigste hieraus habe ich in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft XI, S. 420, 430, 435, 444, 455, 468, in Verbindung mit dem sonstigen Negerrecht mitgeteilt, woraus sich die merkwürdige Tatsache ergibt, daß die Neger in der Neuen Welt, nachdem sie vom Zwange befreit waren, wieder eben die Rechtszustände entwickelt haben, welche ihnen in Afrika vertraut waren. Wir finden hier das Mutterrecht mit Neffenerbfolge (auch in der Dorfhäuptlingsfamilie), allerdings mit Uebergängen zum Vaterrecht, wir finden die Institution des Trauerjahres in besonders ausgeprägter Weise, wir finden den Schutz durch Amulette, wir finden Kinderverlobung, Blutrache und die bekannte Form der Bahrprobe durch Herumtragen des Leichnams, der seinen Mörder durch irgend welche Zeichen verrät.

Neuestens werden diese Mitteilungen durch die ebenso schlichte wie anschauliche Schilderung eines einheimischen Eingeborenen bestätigt und bereichert, die in pidjin englisch geschrieben, sodann übersetzt und unter Vermittlung von

Herrn F. Stähelin, Bischof der Brudermission, mir zur Veröffentlichung überlassen wurden.

Ich gebe hiermit das Manuskript wieder:

In der Regel gehört der Mann nicht zur Familie seiner Frau, und die Kinder, die aus seiner Ehe entsprießen, gelten nicht als seine eigenen Kinder, sondern werden als zur Familie der Frau gehörig angesehen. Die Brüder seiner Frau allein haben über die Kinder etwas zu sagen, ja selbst wenn der Oheim eines der Kinder seiner Schwester töten und verzehren wollte (erinnert an afrikanischen Kannibalismus), durfte niemand es ihm wehren, denn die Kinder sind vollständig sein Eigentum. Solange das Kind noch Kind ist, steht es unter der Aufsicht seines Vaters und seiner Mutter; sie müssen es erziehen und es hat ihnen in allen Dingen zu gehorchen, aber wenn es erwachsen ist, kommt es unter die Leitung seines Oheims, des Bruders der Mutter, zu stehen. Und mag es auch alt geworden sein und eine angesehene Stellung erworben haben, bleibt es doch unter der Vormundschaft seines Oheims bis zu seinem Tode. Heiratet ein Mädchen, so bleibt es unter der Leitung der Brüder ihrer Mutter, sie haben in allen Dingen über sie zu verfügen. Will der Mann sich nicht unter den Oheim eines Mädchens beugen, so soll er lieber die Heirat mit ihr unterlassen. Wenn ein Oheim seinem Neffen oder seiner Nichte befiehlt, irgend etwas für ihn zu tun, so sind sie verpflichtet zu gehorchen, auch wenn sie zu der Zeit etwas für sich zu tun haben. Die Kinder haben Vater und Mutter bei ihrer Arbeit zu helfen, aber die Enkel stehen nicht mehr unter den Großeltern, sondern unter den Geschwistern der Mutter. Stirbt ein Mann, so fällt das, was er hinterlassen hat, nicht seinen Kindern oder seiner Frau zu, sondern seinen Brüdern. Hatte er keine Brüder, so beerben ihn seine Schwesterkinder, wenn sie auch sonst mit ihm in keiner Verbindung gestanden haben. Diese müssen dann alles untereinander verteilen, und nur, wenn sie wollen, geben sie der Frau und den Kindern des Verstorbenen einen Anteil davon. Aber wenn jemand den Schwurtrunk (sweri) an der oberen Marowyne (ein Gebiet des Oberhäuptlings) getrunken hat, dann fällt sein Erbe auch nicht an die Kinder der Schwester, noch sonst an seine Verwandten, sondern an den Granmann. Ihm muß alles gebracht werden, und er verteilt es unter seine Familienglieder.

Bei einem derartigen Todesfalle darf nicht getrauert und keine Totenklage gehalten werden. Aber in jedem anderen Falle muß die Frau, auch wenn sie nichts von der Hinterlassenschaft ihres Gatten erbt, zum Zeichen der Trauer schwarze Kleider anziehen.

Die Trauer um den Toten dauert bei den Djukas (dem Busch-

negerstamm an der oberen Marowyne, Collica und Commawyne) 12 Monate. 3 Monate hindurch darf der Witwer bzw. die Witwe das Haus nicht verlassen, auch keine Arbeit verrichten. Solange die Leiche noch im Hause ist — gewöhnlich 7—10 Tage lang — müssen sie jeden Morgen und jeden Abend ihre Totenklage anstimmen; dies muß auch jedesmal geschehen, sobald jemand vor dem Begräbnis einen Beileidsbesuch macht, auch 3—4 Monate nach der Bestattung noch. Die Leiche liegt in der Zeit ungewaschen in ihrer Hängematte.

Stets muß jemand beim Leidtragenden sich aufhalten, er darf niemals ohne seinen Begleiter das Zimmer verlassen; und wenn er einige Schritte zu gehen hat, muß er gleich einem alten, ehrwürdigen Greis langsam gehen, und zwar gebückt, ohne seinen Kopf zu erheben, stets in sein Bettuch gehüllt. Wenn er essen will, muß er erst die Speise auf die Erde stellen und ehe er etwas davon genießt, etwas Reis oder ein kleines Stückchen Cassabe, ein Stückchen Fleisch, die Hälfte des Wassers wegschütten, dann erst ist ihm gestattet, aus seinem Schüsselchen zu essen. Er darf nie allein essen, stets muß ein anderer mit ihm essen, wenn es auch nur ein kleiner Knabe ist. Das alles geschieht, um dem Geist des Verstorbenen Ehrfurcht zu erweisen und zum Zeichen, daß auch der Verstorbene nicht allein ist und auch jemand um sich hat, der ihn bedient, damit er nicht etwa in sein Haus zurückkehre.

An dem Tage, da man den Toten bestattet, bringt man die Leidtragenden nach dem Ufer des Flusses, um ihn zu waschen. Dann geht alles seinen Gang, wie eben gesagt worden ist, drei Monate hindurch. Noch ist zu erwähnen, daß der Leidtragende sich alle Tage mit warmem Wasser zu waschen hat, auch das stets in Gegenwart eines anderen und zwar ebenfalls bis zum Ende des dritten Monats. (Er gilt wohl wie bei den Indern und Juden als unrein.) Dieser Begleiter muß ihm den Kopf mit einem weißen [1]) Tuch verbinden, als ob er an Kopfweh litte, auch ihm ein Hemd des Verstorbenen anziehen und darüber zwei oder drei bunte Tücher. Ein Mann darf seinen Bart nicht scheren, wird derselbe zu lang, dann ist es nur dem Schwager gestattet, ihn zu rasieren, er selbst dürfte das nie tun, bis der dritte Monat vorüber ist. Auch für die Frau gibt es besondere Regeln für ihre Verhältnisse.

Nach den drei Monaten dürfen die Leidtragenden wieder jede Arbeit verrichten. Nur ihre Trauerkleider müssen sie anbehalten, diese dürfen sie nur ausziehen, wenn sie sich schlafen legen oder bei ihrer Arbeit.

Nach Verfluß eines Jahres rufen sie an einem Abend die Nachbarn

---

[1]) „Weiß" wohl ein Ueberrest der einst überall verbreiteten Sitte, Weiß als Farbe der Trauer zu tragen.

alle zusammen, gießen neben dem Haus, wo die Leiche gelegen, Wasser aus, rufen den Geist des Verstorbenen. Dann werden bis gegen 4 Uhr morgens Geschichten erzählt, auch wird die ganze Nacht hindurch getanzt. Um 7 Uhr früh wird wieder Wasser ausgegossen und um ½8 Uhr gibt man den Geistern zu essen und zu trinken. Es wird darauf gesehen, daß alles in bester Ordnung zugeht. Sobald alle fertig gegessen haben, wird mit Erzählen von Geschichten fortgefahren, wozu man sich vor der Tür des Hauses zusammenfindet. Abends um 6 Uhr wird wieder auf Bananenblättern und hölzernen Schüsseln Essen zurechtgemacht. Knaben werden gerufen, es zu holen. Diese fallen lachend und schreiend darüber her, zanken miteinander, weil der eine nicht genug erhalten, dem anderen das Seine wieder weggenommen worden ist. Daraufhin werden sie mit Peitschenschlägen auseinander getrieben. Was sie liegen gelassen haben, fressen die Hunde auf. Das nennt man dann dem Geist des Verstorbenen Essen geben! Die abgeholten Speisen verteilen die Knaben unter die Gäste, die zur Feier gekommen sind. Dieses Festmahl wird als Ende der Trauerzeit angesehen.

Am nächsten Morgen besteht das erste Geschäft darin, die Kleider zu waschen. Das Trauerkleid wird von der Witwe ausgezogen und ins Wasser geworfen, dann wird ihr ein rotes Kleid angezogen und eine rote Schnur um den Hals gehängt; der Schemel, auf dem sie bisher hat sitzen müssen, wird ihr weggenommen und der Stock, auf den sie sich die ganze Zeit hat stützen müssen, weggeworfen. Aber noch ein letztes Mal muß sie an diesem Tage ihre Trauerklage ertönen lassen. Dann wird sie ihrer Familie zurückgegeben und darf wieder einen anderen Mann, bzw. der Mann eine andere Frau heiraten. Dieser neue Mann oder diese neue Frau werden als zur Familie des Verstorbenen gehörig betrachtet, und es muß dem Geist des Verstorbenen Speise und Trank dargebracht werden, damit er Erlaubnis zu der neuen ehelichen Verbindung gebe. Aufs neue wird bei dieser Gelegenheit viel gegessen und getrunken (Branntwein) und viel Zeit mit Schwätzen und Erzählen von Geschichten verbracht.

Bei den Saramaccanegern (an der oberen Suriname) werden die Leidtragenden nach drei Monaten aus der Trauerhaft entlassen und zwar folgendermaßen: Erst wird mit den geladenen Gästen gegessen und getrunken, dann bringen sie den verwitweten Mann zu seiner Familie zurück, die verwitwete Frau aber zum Bruder oder Vetter ihres verstorbenen Mannes. Dieser ist nach dem Stammesgesetz jetzt verpflichtet, die Frau mit allem, was sie hat, zu sich zu nehmen. Ob ihr das recht ist oder nicht, kommt nicht in Betracht, sie hat sich einfach der Sitte zu fügen. Sie hat bei ihm zu bleiben, bis er bei ihr geschlafen und

sie so von ihrer Trauer befreit hat. Bis zu dem Zeitpunkt darf sie sich mit keinem anderen Manne einlassen, sie ist erst dann wieder frei, wenn der Schwager oder Vetter mit ihr verkehrt hat. Dies gilt als unverbrüchliche Ordnung bei den Saramaccanegern, und jedermann fürchtet sich, dawider zu handeln; sie glauben sonst sterben zu müssen.

Familienzwiste und ihre Veranlassung.

Ein Mann ist berechtigt mit seiner Frau zu zürnen, wenn sie träge war oder ihren Mann, die Schwiegermutter oder den Schwiegervater beschimpft hat oder auch wenn sie Ehebruch getrieben oder einen Diebstahl begangen hat, oder wenn sie nicht auf Reinlichkeit und Ordnung hält. Um solcher Dinge willen hat er das Recht, sie zu schlagen. Gewöhnlich läßt sich aber die Frau das nicht stillschweigend gefallen, sie wehrt sich mit einem Stock bewaffnet und beschimpft den Mann in gröblicher Weise. Das steigert seinen Zorn. Er schlägt die Frau noch ärger als zuvor, bis das Mitleid ihrer Familie erregt ist und sie sich in den Streit mischt. So entstehen oft schlimme Streitigkeiten unter den einzelnen Familien, die dann nicht selten damit schließen, daß Mann und Weib sich scheiden.

Als feste Regel gilt, daß der Mann die Frau nicht im Busch oder auf dem Flusse schlagen darf; er darf sie nur in oder bei seinem Hause schlagen. Aber wenn die Frau ihn oft außerhalb des Hauses beschimpft oder sich sonstwie vergeht, so geschieht es, daß er manchmal gegen diese Regel verstößt. Hört die Familie der Frau davon, dann stellt sie ihn zur Rede, und wenn er seine Schuld eingesteht, so nehmen sie ihm die Frau weg, denn sie hatten ihn zuvor gewarnt, er dürfe seine Frau an solchen Orten nicht schlagen, sie hätten sie ihm nicht zur Sklavin übergeben. Bitten dann die Angehörigen des Mannes, daß man ihm die Frau zurückgebe, so tun sie es, aber wenn dieselbe Sache wieder und zum dritten oder vierten Male passiert, geben sie sie nicht mehr zurück, sondern trennen sie gänzlich von ihm und erlauben der Frau, irgend einen anderen Mann zu nehmen, welchen sie will. Dieser wird wieder mit der Ordnung bekannt gemacht, und wenn er sie übertritt, so wird auch ihm die Frau wieder genommen. Aber die Frau selber wird nie ermahnt, ihrerseits sich vor Fehlern in acht zu nehmen, weshalb der Mann im Buschland oft wie ein Sklave den Launen seiner Frau ergeben sein muß.

Streitigkeiten, die entstehen, wenn der Mann die Frau eines anderen nimmt.

Jeder Mann muß stets auf der Hut sein, daß seine Frau nicht mit einem anderen Manne in Verkehr tritt. Verdacht wird geschöpft, wenn

z. B. die Frau nicht mehr wie bisher für ihren Mann sorgt, nicht mehr des Nachts bei ihm sein will und länger als gewöhnlich beim Flußufer verweilt u. dgl. Oefters merken die Familienglieder des Mannes von den Schlichen der Frau und beobachten sie und ruhen nicht, bis sie herausgefunden haben, ob die Frau mit einem anderen Manne in Verkehr steht; dann senden sie jemand zu ihr und fragen sie, ob der Mann Ehebruch mit ihr getrieben habe. Vielleicht ist es der Fall gewesen, und sie bestätigt es. Ebenso fragen sie den Ehebrecher: Wie steht es? Verkehrst du mit der Frau? Auch er antwortet: Ja. Nun, wenn der Verdacht bestätigt ist, setzen sich die Brüder des rechtmäßigen Ehegatten in Bereitschaft, den Streit mit dem anderen zu beginnen. Doch ehe sie zur Tat übergehen, müssen sie die Oheime und Brüder und andere Familienglieder der Frau fragen, ob sie ihnen gestatten, den Uebeltäter zu schlagen, denn zu ihnen gehört ja die Frau. Die Familie wird antworten: Gut, wir haben es gehört, doch werden wir euch Bescheid sagen. Nun untersuchen sie ihrerseits, wie es mit dem Manne und der Frau steht; vielleicht drei Tage später erst kommen sie zu dem Beschluß: sie haben gehört, daß der Mann verleumdet worden ist und erklären nun, sie hätten keine Erlaubnis, zu schlagen. Doch wenn sie gehört haben, daß es Tatsache sei, aber der Mann ist sonst ein braver Mensch und hat die Frau lieb und sorgt für alles, was sie nötig hat, Essen und Trinken, Kleider und Obdach, dann sagen sie: Geht und fechtet die Sache aus, wir erlauben es euch, nur tötet den Mann nicht! Ihr dürft keinen Stock, keinen Säbel, kein Gewehr brauchen, nur mit den Fäusten dürft ihr schlagen. Und jetzt fallen sie über den Mann her, etwa sechs bis zehn über den Einen. Oefters hat er sich im Haus eines Angesehenen versteckt, dann suchen sie ihn, bis sie ihn gefunden haben. Die Kapitäne bitten mitunter dann den Ehemann, dem Gegner zu vergeben. Tut er das, ist der Streit geschlichtet. Tut er es nicht, dann schlagen sie zu. Mitunter versteckt sich der Ehebrecher aber auch nicht, sondern wartet auf die Angreifer und wehrt sich. Dann mischen sich auch die Familienglieder der Frau in den Streit und kämpfen mit dem Ehebrecher und seiner Familie und ruhen nicht, bis sie ihnen gehörige Schläge versetzt haben. Fortan setzen sie strenge Ordnung fest, daß der Mann mit der Frau nichts mehr zu tun haben dürfe, selbst wenn er in demselben Kamp mit ihr wohnen sollte.

Wenn ein Mann im Zorn darüber, daß seine Frau von einem anderen verführt worden ist, mit diesem streiten will, ohne die Familie der Frau um Erlaubnis zu fragen, so wird diese ihn hindern, vielleicht auch ihn schlagen oder ihn von seiner Frau scheiden. Dies geschieht besonders in dem Fall, daß er als ein böser Mann gilt und mit seiner Frau nicht gut gelebt, nicht gut für sie gesorgt hat; vielleicht haben

sie vorher schon ihn gewarnt, und die Frau hat aus Gram über den Mann den anderen genommen. Dann schmäht die Familie den ersteren, anstatt ihm zu helfen, und überläßt die Frau dem, den sie nun genommen hat.

Das alles, was ich hier niedergeschrieben habe, gilt als feste Regel, ja es ist dies vielleicht die festeste Ordnung, die es im Buschland gibt.

Streitigkeiten wegen Zank und Eifersucht.

(Bei den Djuka: Merifeti — bei den Sarannananern: Biwoto feti genannt.)

Diese Streitigkeiten kommen hauptsächlich unter den jungen Männern vor. Sie entstehen, wenn einer den anderen feige oder träge nennt oder seine Arbeit rügt und doch ist der Betreffende nicht zu tadeln, oder es ist des ersteren Pflicht, nicht das Urteil auszusprechen, wenn auch Tadelnswertes sich findet; es geschieht bloß aus Eifersucht, weil er sieht, wie geachtet der andere ist, und wie er von den Angesehenen geliebt wird, wie er stärker ist und manche bereit sind, ihm ihre Töchter zu geben. An dem Streit beteiligen sich bald die gegenseitigen Familien, und sie hören nicht auf, sich zu befehden, bis sie müde geworden sind oder die Angesehenen den Streit geschlichtet haben. Da solche Streitigkeiten alle Augenblicke ausbrechen können, tragen sie stets ihre „Obias“ [2]) bei sich.

Streitigkeiten, die nach dem Tode eines Menschen entstehen.

Stirbt jemand, dann müssen die Angehörigen zu erfahren suchen, was die Todesursache ist; ehe sie die kennen, waschen sie die Leiche nicht und begraben sie auch nicht. Sobald jemand aufgehört hat zu atmen, wird ein Bootsbrett geholt und die Leiche darauf gelegt. Dieses Brett wird dann von zwei Männern herumgetragen, sie stampfen mit ihren Füßen, man hört sie bald leise, bald laut auftreten, bald geht es vorwärts, bald rückwärts, sie schütteln das Brett, so daß man befürchten muß, die Leiche werde herunterfallen. Sie tun das, um durch die Bewegung der Leiche seine Meinung zu erfahren. Rutscht die Leiche nach dem Träger hin, der die Frage gestellt hat, lautet die Antwort: ja; rutscht sie nach einer anderen Richtung, lautet sie: nein. Darum sieht man die Träger sich nach allen Seiten wenden und sich bücken, nach vorn und hinten sich bewegen, als ob sie in einer tanzenden Bewegung sich befänden. In der Weise tragen sie die Leiche jeden Morgen und jeden Abend im Kamp herum, um zu erfahren, was den Tod verursacht

[2]) „Fetiobia“ (Amulette).

hat, ob ein Jorka oder Ampuku oder Akatamasi oder Dagoeschlange? Antwortet er bei der ersten Frage mit ja, dann fragen sie weiter, ob es die Großmutter gewesen? — verneint er die Frage, dann ist es vielleicht die Mutter oder der Vater gewesen, oder jemand, mit dem er in Streit gewesen wegen seiner Frau oder wegen Neid und Eifersucht, und ob der Betreffende ihn vergiftet habe im Wald oder sonstwo? ob er ihn beneidet habe um sein Besitztum oder seine Stärke oder seine Schönheit? Antwortet er dann mit ja, so glauben sie bestimmt, daß der und der aus dem und dem Grunde ihren Familienangehörigen ums Leben gebracht hat. Aber weil sie nicht jemand unrecht tun wollen aus Furcht, ihr eigenes Leben zu verlieren, lassen sie andere an ihre Stelle treten. Und wenn die Leiche dann dieselbe Antwort gibt, werden wieder andere Träger gesucht. Hören auch die die gleiche Antwort, dann ist es ihnen ausgemacht, daß wirklich der und der den Menschen getötet hat. Sie rufen die Nachbarn, ja auch die Familie des „Wisiman", des Mörders (des Mordes Verdächtigten) und Giftmischers herzu, um Zeugen zu sein, daß die Sache sich wirklich so verhält. Sobald das Begräbnis mit allen seinen Feierlichkeiten zu Ende ist, beginnt der Streit, der erst aufhört, wenn jemand aus des Mörders Familie getötet ist. Die Waffen, die sie dazu brauchen, sind: Flinten, Säbel, derbe Stöcke, Messer. Früh am Morgen machen sie sich auf den Weg, wenn die Leute noch im Schlafe sind; dann rufen sie ihnen zu, sie sollten herauskommen, dringen auch selber in das Haus und schlagen sie mit ihren Stöcken oder Fäusten, aber ihre Messer und Flinten brauchen sie nicht, der Ueberfall ist bloß erfolgt, um dem Gegner Furcht einzujagen. Auch ist der, den sie im Verdacht haben, bereits irgendwo anders, meist im Busch, versteckt worden, so daß ihm nichts geschehen kann. Mitunter flieht auch die ganze Familie in den Busch oder in ein anderes Kamp: dann durchsuchen die Streitenden alle Häuser und die ganze Umgebung des Kamps, ohne jemand zu finden. Dadurch geraten sie in Zorn; sie erheben ein wütendes Geschrei, reißen die Hütten ein, oft legen sie auch Feuer an und verbrennen das ganze Kamp. Es sei denn, daß die Bewohner herbeieilen und sie bitten, davon abzulassen. Diese Bitte muß natürlich unterstützt werden durch eine Spende von Bier oder Branntwein. Nur durch reichliche Spenden von Branntwein können sie bewogen werden, wieder nach Hause zu gehen; oft geschieht es, daß sie sieben oder vierzehn Tage, ja acht Monate lang den Streit fortsetzen, nur um viel Branntwein zu erlangen. Damit der Streit ein Ende nehme, setzt der Kapitän oder Granmann einen Tag fest, an dem beide Familien, die des Verstorbenen und die des „wisimen", zusammenkommen müssen.[1] Da halten sie dann Gericht, vielleicht von 9 Uhr früh bis 5 Uhr nachmittags. Wer unrecht hat, bittet die andere Partei

um Verzeihung. Wenn diese sich dazu bereit erklärt, schließt man Frieden, nicht ohne demjenigen vorher noch gehörig Vorwürfe gemacht zu haben, der sich in seiner Bosheit hat hinreißen lassen, ihren Verwandten um das Leben zu bringen. Der schämt sich dann und muß einen großen Krug oder eine Kanne Branntwein spenden außer dem Bier, das sonst bei der Gerichtssitzung getrunken worden ist. Aufs schärfste wird ihm schließlich vorgestellt, wie er sich künftig in acht zu nehmen habe. Fängt er nun irgendwie wieder einen Streit an, so kann die frühere Leidenschaft aufs neue auflodern, und die Familien stehen wieder in bitterer Feindschaft einander gegenüber.

Kinderheiraten.

Mädchen von 8—10 Jahren haben bereits einen Gatten im Alter von 16—19 Jahren und werden von diesem „gekweekt", unterhalten, „erzogen", bis er sie in sein Haus nehmen kann als seine Ehefrau.

Lernen Vater und Mutter eines Mädchens einen jungen Mann kennen, der gut arbeiten kann, es versteht, seinen Kostgrund zu bestellen, ein Haus zu bauen, Hausgeräte und Werkzeuge zu verfertigen, so fassen sie ihn ins Auge für ihr Kind, in der Hoffnung, daß er einmal ein tüchtiger Schwiegersohn sein werde. Ebenso wenn die Eltern eines Jünglings ein Mädchen kennen lernen, das imstande ist, Feld- und Hausarbeit zu tun, beschließen sie, dasselbe für ihren Sohn sich auszubitten. Und nun haben sie nicht Geduld genug zu warten, bis die beiden das richtige Alter erreicht haben, sind auch besorgt, daß die ins Auge Gefaßten ihnen von anderen könnten entzogen werden; darum nehmen sie den jungen Mann oder das Mädchen in ihr Haus auf. Der junge Mann muß dem Mädchen, das er zur Frau nehmen soll, ein Zeichen geben, daß er sie als seine künftige Frau ansieht: ein Ruder, eine kleine Bank, einen kleinen Korb. Von nun an darf kein anderes Elternpaar mehr um dieses Mädchen anhalten. Der junge Mann muß seinen künftigen Schwiegereltern jetzt behilflich sein beim Bearbeiten des Feldes, Bau eines Hauses u. a. m. Ebenso muß das Mädchen den Eltern des jungen Mannes bei ihren Arbeiten helfen und auch ihrem Freier Zeichen ihrer Zugehörigkeit zu ihm schenken. Die gegenseitigen Eltern halten auch von der Zeit zueinander. Mitunter geht alles gut, und der junge Mann und das Mädchen heiraten einander und werden ein ordentliches Paar. Es kommt aber auch vor, daß nach einiger Zeit der junge Mann oder das Mädchen jemand kennen lernen, den sie lieber gewinnen. Dann wird der junge Mann gegen sein Mädchen gleichgültig und umgekehrt, und schließlich trennt er sich von ihr und nimmt das andere Mädchen, das ihm besser gefällt. Das gefällt dann den Eltern

nicht, und sie fangen einen Streit an, weil sie das nicht verlieren wollen, was sie glauben, gewonnen zu haben; sie streiten namentlich mit dem, der ihnen Schande bereitet hat, und verlangen Schadenersatz. Haben sie ihn erlangt, dann willigen sie in die Trennung ein.

Diesen Mitteilungen ist folgendes beizufügen:

1. Das Mutterrecht ist klar ersichtlich. Das Recht des Oheims ist in größter Schärfe ausgeprägt, er hat ein Recht über Leben und Tod, er hat ein Recht auf die Arbeitskraft des Neffen, und das Recht besteht auch noch im späteren Alter. Die Erbfolge ist Neffenerbfolge.

Doch tritt das Vater- und Kindesverhältnis darin zutage, daß 1. die Kinder den Eltern bei der Arbeit helfen sollen, daß 2. sie möglicherweise ein Teil der Erbschaft zugewiesen erhalten, letzteres aber, wie es scheint, nur nach Willkür, es zeigt sich 3. darin, daß die Eltern die Kinder verloben und die Verlobten gegenseitig in ihr Haus aufnehmen, wo sie ihnen in der Arbeit beistehen müssen.

Das Mutterrecht ist auch bei der Eheschließung ersichtlich. Die Frau bleibt trotz der Ehe Genossin ihrer Familie, der Mann hat zwar ein Züchtigungsrecht über sie, aber nur mit gewissen Beschränkungen; überschreitet er sein Recht, so tritt ihre Familie ein und nimmt ihm die Frau weg.

Auch wenn ein Ehebrecher vom Ehemann verfolgt wird, bleibt die Familie der Frau nicht unbeteiligt; eine solche Verfolgung trifft zugleich die Frau und damit auch ihre Familie; sie ist darum nur dann statthaft, wenn die Frauenfamilie den Verdacht als genügend begründet erklärt und in die Verfolgung einwilligt; in diesem Falle hilft sie auch selbst bei der Bestrafung des Ehebrechers mit, da er nicht nur dem Manne, sondern auch der Familie der Frau Schmach angetan hat.

2. Eine Art von Blutsbrüderschaft kann durch Schwurtrunk mit dem Häuptling abgeschlossen werden, der hierdurch ein volles Erbrecht gewinnt und auch sonst den Blutsbruder fast ganz von seiner Familie loslöst.

3. Die Kinderverlobung ist hier wie bei anderen Neger-

stämmen in Uebung. Die Verlobung erfolgt durch die Eltern und führt oft dazu, daß die Verlobten gegenseitig in das Haus der Eltern des Bräutigams und der Braut aufgenommen werden. Wer gegen die Verlobung sich mit dem Jüngling oder dem Mädchen einläßt, begeht einen Frevel und muß Geldersatz leisten.

4. Die Trauerfeier für die Verstorbenen zeigt die üblichen Formen: Totenklage, Speiseopfer an den Geist der Toten, Gebundenheit der Angehörigen an das Haus, verstellter Gang, besondere Tracht, um den Toten irrezuführen und um zu verhindern, daß er zu seinen Angehörigen und seinem Hause zurückkehrt, ständige Beschirmung der Hinterbliebenen, damit sie der Verstorbene nicht vergewaltigt, und besondere Lebensführung zur Abwehr dieser Gefahr.

Nach 3 Monaten tritt Halbtrauer ein, während welcher nur die Trauerkleidung beibehalten wird, aber die sonstige Sperre über die Angehörigen aufhört. Nach Ablauf des Jahres Abschied vom Toten, Wasserausgießung, stürmisches Mahl mit letzter Opferspende, letzte Totenklage, Entfernung der bisher gebrauchten Utensilien, die durch den Totenkult tabu geworden sind. — Hiermit ist die Trauerfeierlichkeit erledigt. Nur darin zeigt sich noch später eine Nachwirkung, daß, wenn der hinterbliebene Ehegatte wieder heiratet, der Geist des Verstorbenen nochmals durch Opferspenden beschwichtigt werden muß.

Im Falle der Blutsbrüderschaft des Verstorbenen bleibt die Trauer auf die Halbtrauer beschränkt.

5. Die Blutrache geht gegen die Familie des Täters, aber in besonderer Schärfe gegen den Täter selbst. Sie kann durch Gaben (namentlich durch Spenden von Bier und Branntwein) begütigt werden; die Versöhnung wird häufig durch den Granman eingeleitet, der beide Parteien zusammenruft und den Frieden bestätigt. Damit ist die Bitte um Verzeihung als moralische Sühne verbunden, wie bei so vielen anderen Völkern.

Ueber die Geldstrafe bei Verlöbnisbruch ist bereits gehandelt worden.

6. Die Bahrprobe findet in der gewöhnlichen Weise statt: Man trägt die Leiche auf einem Brett, man befragt sie und nimmt ihre Antwort entgegen; als Bejahung gilt es, wenn die Leiche auf die Seite des Fragenden fällt.

Interessant ist, daß man, um sicher zu gehen, die Probe auch durch andere wiederholen läßt, und zwar auch in Gegenwart der bezichtigten Familie.

7. Die Aehnlichkeit mit dem Negerrecht in Afrika ergibt sich von selbst. Vgl. auch meinen Aufsatz XI, S. 413 ff.

XVI.

Beitrag zur Erforschung der Geschichte des jüdischen Rechts.

Von

Rabbiner **Ch. Tschernowitz.**

Bis auf den heutigen Tag besitzen wir weder eine Geschichte des jüdischen Rechts, noch sind auch nur irgendwelche Versuche dazu gemacht worden.

Wir wollen zunächst die Gründe aufzeigen, denen wir diesen Mangel in der jüdischen Literatur verdanken, um dann zu sehen, ob in unserem Recht überhaupt eine geschichtliche Entwicklung nachweisbar ist und wie sich ihre Grundzüge gestaltet haben.

Die Hauptursache für das Versagen unserer Literatur auf diesem Gebiete der jüdischen Geschichtsforschung ist das Fehlen jeglicher Systematisierung der Rechtsdogmen.

Wohl haben wir eine vielbändige talmudische Abhandlung über das Bürgerrecht und das Strafrecht. Wir verfügen über eine Anzahl von Kommentatoren und reichhaltige Codices und Responsen. Das ganze Recht wird jedoch in der Form konkreter und juridischer Fälle dargestellt, die aber in keiner Weise verallgemeinert, systematisiert und klassifiziert sind. Nur ein scharf die einzelnen Fälle erfassender und sondernder Blick wird imstande sein, den Sinneskern und den allgemeinen Geist und Ursprung herauszuschälen und zu einer Abstraktion zu gelangen.

Bei dem vollständigen Mangel systematischer und wissenschaftlich klassifizierter Rechtsdogmen ist uns aber von vorn-

herein die Möglichkeit genommen, diesen ungegliederten und ungeordneten Stoff in geschichtlicher Reihenfolge darzustellen.

Allein diese Ursache kann immerhin eine äußere genannt werden, weil sie die Fragen unbeantwortet läßt, weshalb das Recht bei uns keine wissenschaftliche Verallgemeinerung und Klassifizierung erlangt hat und warum es nur einzelne kasuistische Rechtssätze geblieben sind, die noch nicht in die logische Form eines Systems gefaßt worden sind, statt eines Rechtssystems, wie wir es z. B. bei den Römern vorfinden.

Nach Jhering hängt die Verarbeitung der Rechtsnormen auf Grund wissenschaftlicher Vereinfachung von der Volkspsyche ab. Das eine Volk hat die Fähigkeit zu klassifizieren und zu verallgemeinern, während ein anderes mehr die Begabung zum Stoffsammeln besitzt, die sich darin äußert, viele konkrete Gesetze zusammenhanglos aneinanderzureihen[1]).

Nun könnte man annehmen, daß die Ursache einer bloß konkreten Verarbeitung juridischer Normen, nicht aber deren Verallgemeinerung, in dem eigentlichen Charakter der Talmudverfasser zu suchen sei. Eine solche Annahme würde aber einer Menge von Tatsachen in der jüdischen Psyche widersprechen, die auf anderen Gebieten des jüdischen Denkens, wie: Religion, Ethik und Philosophie ganz wissenschaftliche Systeme gezeitigt hat, während das Recht allein aus unbekannten Gründen keine systematische Verarbeitung erfuhr. Selbst der große Klassifikator und Systematiker der jüdischen Ethik und Religionsphilosophie Maimonides hat wenig auf dem Gebiet der Systematisierung des Rechts geleistet.

Sein System ist ein theologisch-logisches, keineswegs aber ein wissenschaftlich klassifiziertes. Maimonides hat nicht das jüdische Recht von Grund auf umgearbeitet, auch keine wissenschaftlichen Verallgemeinerungen, noch Klassifizierungen der schon vorhandenen konkreten und praktischen Talmudgesetze geschaffen, sondern lediglich auf eine richtigere und logischere

---

[1]) Geist, I. T. § 3.

Einteilung des umfangreichen Stoffes Wert gelegt, den er im ganzen Talmud zerstreut vorfand.

Der Fehler, den Maimonides machte, bestand darin, daß er eine Enzyklopädie des Talmud verfaßte (meiner Meinung nach schuf M. kein Gesetzbuch für praktischen Gebrauch, sondern eben nur eine Enzyklopädie des Talmud) und daher sich verpflichtet glaubte, in seinem Buche alle Beispiele und konkreten Fälle, auf Grund deren er seine Folgerungen zog, miteinzuflechten.

Bekanntlich besteht die Aufgabe eines Systems darin, alle gleichartigen Tatsachen, die von einem allgemeinen Zug charakterisiert werden, zusammenzufassen, ihre Normen zu klassifizieren und eine allgemeingültige Theorie aufzubauen, der sich die gesammelten Begriffe anpassen lassen. Maimonides ist aber nicht so verfahren, vielleicht deshalb, weil er auf eine Rechtstheorie überhaupt keinen Wert legte oder weil er es nicht wagen konnte, eine solche Arbeit zu unternehmen. Die Auslassung eines einzigen Namens der talmudischen Gesetzgeber genügte schon, um gegen ihn die schärfste Kritik laut werden zu lassen. Um wieviel grausamere Angriffe würden sich demnach gegen ihn gerichtet haben, wenn er den Umarbeitungsversuch des gesamten Talmud vorgenommen hätte in der Absicht, ein System zu schaffen, ohne jedoch über positives Material zu verfügen! Der Mangel einer Klassifizierung und Verallgemeinerung des Rechts mag vielleicht auch in seinem Charakter Erklärung finden. Das jüdische Recht hat mit Ausnahme eines gewissen Teils bis in die letzte Zeit seine Geltung beibehalten. Für praktische Ziele sind zweifellos konkrete Fakta von weitertragender Bedeutung, als rein wissenschaftlich zurechtgemachte abstrakte Regeln. Schon die ältesten römischen Rechtsgelehrten prägten den Satz: „Omnis definitio in jure civili periculose est“, nachdem sie zur Einsicht gekommen waren, daß eine abstrakte Bestimmung der praktischen Rechtsförderung von Nachteil sei.

Daher pflegten die jüdischen Rechtslehrer, nachdem sie

die Ueberzeugung gewonnen hatten, daß die gerichtliche Praxis bei uns die Hauptrolle spielte, Abstrakte zu vermeiden und gaben sich die größte Mühe, die Begriffe genau und konkret zu formulieren. Um dieses Ziel zu erreichen, bedienten sie sich praktischer Beispiele und konnten dadurch eine bequeme Umsetzung der Normen in die Wirklichkeit herbeiführen[2]).

Jetzt erst ist es denkbar, zur Umarbeitung unseres Rechts auf wissenschaftlicher Grundlage zu schreiten, nachdem es nunmehr seine praktische Bedeutung eingebüßt hat.

Ein noch sehr wichtiger Faktor, der der historischen Entwicklung des jüdischen Rechtes Hindernisse in den Weg legte, muß ins Auge gefaßt werden. Es ist die Tatsache, daß die jüdischen Gesetzgeber die historische Entwicklung der Gesetze leugneten. Während sie selbst nämlich neue Institutionen schufen und alte umgestalteten, haben sie ihre eigene Reform nicht als eine solche angesehen und hielten sich lediglich für Ausleger der alten Gesetze. Bei den meisten Forschern des jüdischen Rechts war der Glaube vorherrschend, der Ursprung aller neuen Normen sei unmittelbar von der ersten Quelle, nämlich von der Gesetzgebung am Sinai abzuleiten[3]): dieser tiefeingewurzelte Glaube also war es, der vielen Rechtsforschern die weite historische Perspektive verschloß. In Wirklichkeit hängt die geschichtliche Entwicklung der Gesetze gar nicht davon ab, ob die Gesetzgeber selber eine solche anerkennen oder nicht, d. h. ob sie die Gesetze bewußt oder unbewußt umändern. Die Entwicklung der Gesetze vollzieht sich nämlich gemäß der geschichtlichen Notwendigkeit. Diese Tatsache können weder diejenigen leugnen, die Kenner des talmudischen Geistes sind, noch solche, die mehr oder weniger mit dem wirklichen Inhalt des Talmud vertraut sind.

Im Verlauf verschiedener Epochen tauchten verschiedenartige Rechtsinstitutionen auf, die sich im Laufe der Zeiten

---

[2]) Vgl. S. Frankel, Der gerichtliche Beweis, S. 59, Berlin 1846.
[3]) Jerusalm. Talmud. Chagiga 1, 8.

bis zum Nichtwiedererkennen verändert haben, andere wiederum verschwanden unter dem Druck des historischen Zwangs und gaben ihre Existenz vollständig auf. Es sei hierbei auf eine Reihe von Institutionen hingewiesen, die nach dem Talmud selbst keine Begründung im biblischen Recht haben und lediglich als Produkt des betreffenden Zeitalters anzusehen sind. Hierher gehören viele Formen des Vermögensrechts, wie z. B. Verjährung, Bürgschaft, Vormundschaft, zum großen Teil das Obligationsrecht, Gesetze und Formen des Kaufes, Verkaufes und Tausches, Verträge verschiedener Art, die Ksuba und alle damit zusammenhängenden Vermögensbeziehungen der Gatten. All dieses u. n. a. m., wie auch eine Anzahl Rechtsbestimmungen, die in der Bibel nicht erwähnt werden, sind unter dem Namen „דרבנן“ bekannt; mit anderen Worten — es sind Produkte der nachbiblischen Zeit.

Wenn auch in der Tora der Ursprung vieler Rechtssätze vielleicht nachgewiesen werden könnte, so wissen wir doch, daß sie erst in weit späterer Zeit ihre Ausbildung erreicht haben, wie z. B. das Eherecht. Anderseits wiederum begegnen wir Gesetzen, die das Gegenteil erfahren haben. Sie verschwanden — und mußten verschwinden, weil sie ihre zeitgemäße Bedeutung verloren hatten. So konnte z. B. das Gesetz „Levirat“ „Ibum“ nur so lange seine Existenzberechtigung haben, als die Einteilung des jüdischen Volkes in Stämme bestand; seit dem Verfall derselben mußte auch sie ihre Berechtigung einbüßen.

Von alledem abgesehen können wir dennoch im Prinzip auch jene Anschauung anerkennen, welche den Standpunkt verficht, daß jede weitere Entwicklung des jüdischen Rechts ihre Begründung in der ersten Quelle hat, nicht im wörtlichen Sinne, sondern in dem der potentiellen Kraft, d. h. aus dem Innern der Urquelle und aus der Tiefe ihres Geistes erwächst der Anfang aller weiteren Entwicklung; denn ein Volk kann niemals Gesetze schaffen, die im Widerspruch zu ihrem Geist stehen. Wenn neue Normen geschaffen werden, so sind sie

nur der Form nach neu, nicht aber dem Geiste nach. So konnte z. B. nie auf dem Gebiete der jüdischen Gesetzgebung ein Gesetz entstehen, das die Ermordung schwacher und aussätziger Kinder befürwortete, oder welches duldete, daß ein Schuldner zum Sklaven seines Gläubigers werde, der über dessen Freiheit und Leben nach Belieben schalten und walten dürfe. Ebensowenig ist im römischen Recht ein Gesetz denkbar, nach welchem der Gläubiger das Haus des Schuldners nicht betreten dürfe, um ihn zu pfänden[4]), oder daß der Gläubiger die Begegnung mit dem zahlungsunfähigen Schuldner vermeiden müsse, um des Betreffenden Gesicht nicht vor Scham erröten zu lassen[5]).

In diesem Sinne ist die oben dargelegte Anschauung richtig; denn in der Tat kann man sagen, daß alle neuen Gesetze, die viel später entstanden sind, ihre Wurzeln im Geiste der Urquelle gefaßt haben, in welcher der Same der künftigen Pflanze verborgen lag[6]). Und wie die Samenkörner, die ja nicht alle zur Keimung gelangen, sondern nur diejenigen, welche auf fruchtbaren Boden fallen und dort die nötigen Wachstumsbedingungen finden, manchmal aber, wenn sie auf Felsen geraten, zugrunde gehen, so geschieht es auch mit den Gesetzen. Nicht alle können gedeihen und nicht alle in gleichem Maße sich entwickeln, denn nur diejenigen haben die Möglichkeit dazu, welchen günstige historische Bedingungen zuteil werden.

Etliche ideale Gesetze wie z. B. das Jubeljahr und die Befreiung vom Sklaventum haben, weil sie zu ideal waren, ihre andauernde Anwendung im Volksleben nicht behalten können und ebenso haben Gesetze wie das: Auge um Auge, und wie die Bestimmung, daß der Besitzer eines stößigen Tieres, das einen Menschen getötet hat, mit seinem Leben

---

[4]) Deut. 24, 11.

[5]) Baba Mezia f. 75b.

[6]) Vgl. Der gerichtliche Beweis, Frankel S. 62 f.

haftet[7]), sowie das Gesetz, daß ein ungehorsamer Sohn gesteinigt werden solle[8]), ihrer zu großen Strenge wegen ihre Existenz aufgeben müssen. Andere wiederum machten keine naturgemäße Entwicklung durch und verloren dadurch, daß sie mit Rechtsnormen anderer Völker zusammentrafen, ihre volkstümliche Eigenart.

Von größter Wichtigkeit ist es nun, die Ursachen und den Zusammenhang der Wandlungen in den Rechtsnormen zu ergründen. Diese Aufgabe hat ihre große Schwierigkeit darin, daß zuweilen das Gesetz nicht allein als das Produkt einer Ursache, sondern vieler sich untereinander kreuzender erscheint. Manchmal stehen Ursache und Folge, die miteinander durch unsichtbare geistige Bande verknüpft sind, in unermeßlicher Weite voneinander entfernt, und so kommt es, daß ein Gesetz, welches uns als ganz neu erscheint, in Wirklichkeit eines der Vergangenheit angehörigen, vielleicht gar längst vergessenen Gesetzes widerspiegelt. Dieses neue Gesetz mag sich vielleicht viele Jahrhunderte hindurch im embryonalen Zustande erhalten haben, während es erst dann geboren wurde, als es die notwendige Reife erlangte, oder als günstige Umstände die Geburt gefördert haben.

Zur näheren Erläuterung wollen wir einige Gesetze anführen, die ihre Entstehung dem Zeitalter der Mischnah verdanken, die aber als Folge der biblischen Gesetzgebung zu bezeichnen sind. In der Zeit des zweiten Tempels entstanden zwei gegenseitige Verpflichtungen der Gatten, nämlich: der Mann hat das Recht, von der Mitgift Nutzen zu ziehen und ist demgegenüber verpflichtet, seine Frau aus der Gefangenschaft loszukaufen[9]). Da die Bibel die Ehe als eine völlig geistige Vereinigung der Gatten betrachtet, so liegt ihr der Begriff einer Güterteilung unter den Eheleuten ganz fern.

---

[7]) Ex. 21, 29.

[8]) Deut. 21, 21.

[9]) Ktubot 46b; Maimonid. H. Ischut § 12, 2, 3.

Deshalb entspricht das Recht des Mannes, sich das Vermögen seiner Frau nutzbar zu machen, dem Wesen des biblischen Rechts. Eine solche Verordnung wurde jedoch erst dann wachgerufen, als historische Bedingungen die Notwendigkeit schufen, daß man sich um das Loskaufen der in Gefangenschaft geratenen Frau kümmern müsse. Indem man also damals dem Manne diese Pflicht des Loskaufens auferlegte, als Aequivalent dafür aber ihm das Vermögen der Frau zur Nutznießung gewährte, hatte man die längst gereifte Notwendigkeit in die Wirklichkeit umgesetzt.

Zur weiteren Erläuterung mag noch folgendes Beispiel dienen: „Warnung", d. h. der Verbrecher wird verurteilt, wenn er im Augenblick des Begehens eines Verbrechens sich bewußt war, welche Strafe ihn dafür erwartete. Diese Verordnung ist zur Zeit des Synedrions entstanden, während sie immerhin für ganz neu gehalten werden könnte. Nichtsdestoweniger ist diese Verordnung dem biblischen Geiste entsprungen, die scharf unterscheidet zwischen einem Verbrechen, welches in böser Absicht und einem solchen, das zufällig und unbeabsichtigt verübt wurde[10]), die anderseits aber danach strebt, so weit wie möglich Todesurteile einzuschränken. Indem also das Synedrion im Geiste der Bibel wirkte und sich ihm anzupassen suchte, hat es eine neue Gesetzesbestimmung ins Leben gerufen — „die Warnung". Die Warnung ist dazu geschaffen, böswillige Verbrechen von unbeabsichtigten zu unterscheiden[11]) und in erheblichem Maße zur Vermeidung der Todesstrafe beizutragen. In der Tat wissen wir, daß das Inkrafttreten der „Warnung" die Todesstrafe fast unmöglich gemacht hat und sie von der praktischen Anwendung vollkommen ausschloß[12]).

Um noch besser zu illustrieren, wollen wir auch ein Bei-

---

[10]) Numeri 35, Deuter. 19.

[11]) Makot f. 6 b.

[12]) [Vgl. Talmudisches Recht in dieser Zeitschrift XX, S. 232. — Kohler.]

spiel aus den Ritualgesetzen herausgreifen, z. B. die Erlaubnis, ein freiwillig gegebenes Gelübde brechen zu dürfen.

Für diese Institution finden wir in der Bibel keine ersichtlichen Hinweise, während ein talmudisches Schlagwort besagt: „Die Befreiung vom Gelübde schwebt in den Lüften“ [13]). Dessenungeachtet ist diese Institution im Geiste der Bibel wohl begründet, da sie aufs strengste die asketische Lebensweise tadelt. „Siehe, ich gab dir das Leben und das Gute, den Tod und das Böse, du aber wähle das Leben,“ sprach Mose [14]).

Die Talmudisten pflegten, indem sie sich auf die Bibel bezogen, denjenigen als Sünder zu bezeichnen, der sich überflüssigen Entbehrungen unterzog [15]). Darin eben liegt auch der Grund, weshalb jene Talmudlehrer, als zur Zeit des zweiten Tempels unter dem Einflusse elender Lebensbedingungen das Auferlegen von Gelübden beim Volke zur Gewohnheit wurde, dabei eine Abweichung vom biblischen Geiste erblickten und das Recht, Gelübde zu brechen, einführten, welches die Aufgabe hatte, die Verbreitung des Asketismus in Gestalt von Gelübden zu verhindern.

Wir haben also gesehen, daß das Gesetz der Entwicklung, welches für sämtliche Gesetzgebungen gilt, auch bei uns existiert. Auf dem Entwicklungswege der Gesetze behalten diese insbesondere den ihnen eigentümlichen Geist und Charakter strengstens bei, während sie dem Geiste der Urquelle folgend zur höchsten Entfaltung gelangen. Selbst die neuaufgetauchten Institutionen werden im Geist der älteren als ihre Nachkommen geboren, von denen der Talmud sagt: „Alle neuen Gesetze stammen von der Gesetzgebung am Sinai.“

Wir haben somit den Beweis erbracht, daß auch unserem Recht die Entwicklung eigen ist, woraus folgt, daß es auch

---

[13]) Chagiga § 1, 8.

[14]) Deuter. 30, 15, 19.

[15]) Nedarim. 10 a, Jerusalmi ibid, § 9, 1, Maimonides H. Deot § 3, 1.

seine Geschichte haben muß. Darnach scheint es erforderlich, auch den Beweis für die Ursachen zu erbringen, welche Veränderungen seines Inhalts hervorgerufen haben, und uns klar zu machen, welche historischen Kräfte auf das Recht eingewirkt haben.

Das Recht ist sowohl von ökonomischen Bedingungen, wie auch vom Fortschritt des geistigen Lebens und der Moral abhängig. Im gesellschaftlichen Leben eines Volkes gibt es so bedeutende Veränderungen, daß ihr Einfluß auf die Entwicklung des Rechts nicht ausbleiben kann. Das Recht kann unmöglich unverändert verharren, sobald das Gesellschaftswesen von der Naturalwirtschaft zur Geldwirtschaft übergeht. Auch beim Zerfall der Geschlechtsverbände muß das Recht einem Wechsel unterliegen, eine neue Anschauung über die Stellung der Frau in der Familie, über Elternmacht, Blutrache und über all das, was den Rechtsschutz sich dienlich machen will, muß auf den Inhalt juridischer Normen einen tiefgehenden Einfluß ausüben. Hierzu einige Beispiele: Lange Zeit machte sich bei uns beim Uebergang des Eigentums und bei der Schuldeintreibung ein Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien geltend: der Uebergang des immobilen Vermögens vollzog sich unter weit größeren Formalitäten und Schwierigkeiten als der Mobilien.

Eine solche Einteilung erweist sich als eine Folge des geschlechtsrechtlichen Eigentums. In der folgenden Zeit, gegen Ende der talmudischen Periode, schwindet dieser Unterschied, und es findet ein Ausgleich in allen Abmachungen über Mobilien wie Immobilien statt[16]).

Das ist auch ganz selbstverständlich, da mit dem Schwinden des Stammesvermögens und dem endgültigen Uebergang des Volkes vom Ackerbau zum Handel eine solche Unterscheidung jegliche Bedeutung verlieren müßte.

---

[16]) Maim. Toen-w'niten § 5, 1, H. Ischut § 18, 11, Tur Choschan-hamischpot § 95, Eben-hoeser § 93.

Ebenso verbietet ein biblisches Gesetz, Zinsen bei Geldanleihen zu nehmen, während sich dieses Verbot nicht auf Handelsumsätze erstreckt, weil bei einer Naturalwirtschaft Zinsen bei Handelsumsätzen zu den größten Seltenheiten gehören. Mit der wachsenden Entwicklung von Handel und Industrie aber haben die Talmudisten das Verbot ergehen lassen, auch bei Handelsoperationen Zinsen zu nehmen[17]. Als nunmehr Handel und Industrie zur höchsten Entfaltung gelangt waren und ein solches Verbot eine große Hemmung der Industrie bedeutete, da neigten sie bereits dazu, verschiedene Auswege ausfindig zu machen, um dieses Verbot zu mildern. In letzter Zeit fand man in der Tat ein Mittel, mit dessen Hilfe dieses Verbot vollkommen hat umgangen werden können, nämlich היתר עסקא[18]. Bei einer Volkswirtschaft, die auf Kredit und Geldaustausch basiert, konnte natürlich auch jenes humane Bibelgesetz von der Tilgung aller Schulden am siebenten Jahre nicht aufrecht erhalten bleiben. Die Einstellungen aller Schuldzahlungen würde das Aufhören von Handel und Industrie bedeuten. Deshalb wurde von dem Patriarchen Hilel das biblische Gesetz durch eine Verordnung, פרוזבול genannt, aufgehoben[19].

Wieweit der Wechsel der Anschauungen über die Stellung der Frau in der Familie den Inhalt juridischer Normen beeinflußte, können wir aus folgendem charakteristischen Ausspruch in der Mischna schließen, welche dem Rabbi Gamliel in den Mund gelegt wird: Man sagte früher, daß dem, der eine Frau heiratet, auch ihr Vermögen gehöre. Dazu äußerte sich der Rabbi: Wir schämen uns der alten Gesetze, und ihr wollet noch neue hinzufügen[20]. Es handelt sich hier darum, der Frau das Recht, über ihre Mitgift zu verfügen, zu nehmen. Früher glich nämlich die Erwerbung einer Frau derjenigen

---

[17]) Baba mezia § 5, 1.

[18]) Jore-dea § 167.

[19]) Schwiis § 10, 3.

[20]) Ksubot § 8, 1.

eines Objekts. Demnach wurde die Frau samt ihrem Vermögen Leibeigentum des Mannes. Nachdem sich nunmehr die Anschauung über die Frauenstellung geändert hatte und ihre kulturelle Gleichstellung in der Familie anerkannt wurde, da wirkten bereits die alten Gesetze beschämend auf das Zeitalter. Mit anderen Worten: neue Anschauungen schaffen neue Gesetze.

Die Aufhebung der elterlichen Macht und der Zerfall patriarchalischen Familiensystems hatte allgemein die Liquidation jener Gesetze zur Folge, die vom Verkauf der Töchter und ihrer Verheiratung gegen ihren Willen handeln. In der Hauptsache aber wird ein solches Gesetz verhindern, die Verurteilung eines gegen seine Eltern sich vergehenden Sohnes zu vollziehen, der sonst der Todesstrafe anheimgefallen wäre. Ein hiefür charakteristisches Zitat lautet: „Verdient der Betreffende auch wirklich nur deshalb die Todesstrafe, weil er Fleisch gegessen und Wein getrunken hat? Nein, eine Ausführung dieses Gesetzes hat sicherlich nie stattgefunden und wird auch nimmer stattfinden“ [21]). Die Anschauung über Moral und das gesellschaftliche Gewissen jener Zeit machte bereits damals die Todesstrafe, die einem entarteten Sohne gebühre, dermaßen unmöglich, daß ihr der Gedanke ganz fern lag, dies könnte irgendwo und — wie in der Tat verwirklicht werden.

Somit sehen wir, daß das Recht von gesellschaftlichem Fortschritt und von der Kultur abhängt, indem es mit diesen gleichmäßig zur Entwicklung gelangt. Aber auch rückschrittliche Kräfte sind bei der Entwicklung des jüdischen Rechts am Werk und haben eine hemmende Wirkung ausgeübt. Wie kann diese Erscheinung gedeutet werden? Auf zweierlei Weise ist es möglich. Zunächst muß der Unterschied zwischen der Entwicklung des jüdischen Rechts und der des römischen festgestellt werden. Im römischen Recht finden wir eine natürliche, allmähliche Entwicklung, welche derjenigen des

---

[21]) Sanhedrin f. 71 a.

Kindes gleicht. Wir erblicken vor uns ein normales Wachstum der Rechtserkenntnis, die vollkommen ihrer kulturellen und geistigen Entwicklung entspricht. Zu Anfang tragen die Anschauungen einen rauhen und wilden Charakter, ihre Formen sind plump, und das ganze Recht bildet ein Wirrwarr von Worten und Formen. Die Sitten sind wild und derb, gestützt auf rauhe physische Kraft; Recht ist Macht. Mit fortschreitender Entwicklung erhalten die Sitten eine weichere, gerundetere und weit biegsamere Gestaltung, so daß jetzt dem Recht ein Weg zur weiteren Entwicklung offen steht. Als kriegerisches und siegreiches Volk mußten die Römer, um Bündnisse aufrecht zu erhalten, vorzeitig zur Ausarbeitung der Rechtsnormen schreiten, als die Sitten noch rauh und wild waren. Bei den Römern ist das Recht also nicht das Resultat von moralischer Auffassung und ethischen Regeln, sondern es erwies sich als eine Sanktion der bestehenden Ordnung, in allen seinen rauhen, mächtigen und grausamen Erscheinungen. Die Stimme der Moral dringt nicht in das Recht ein; beide stehen weit voneinander entfernt.

Dies ist der Grund, weshalb der Entwicklungsprozeß des Rechts nur langsam vor sich geht. Sein Inhalt erfährt eben nur dann eine Veränderung, sobald das moralische Bewußtsein des Volkes vollkommen gereift und gestärkt ist.

Einen ganz anderen Weg hat demgegenüber die historische Entwicklung des jüdischen Rechts eingeschlagen. Der größte Teil seiner Gesetze überholte die Entwicklung gewisser Lebensformen, so daß eher moralische Regeln die Lebensnormen geschaffen haben, als umgekehrt. Die Propheten — eine Erscheinung höchster geistiger Schöpfung, welche von der Menschheit wohl kaum noch irgendwann erreicht werden wird, wollten das Volk zur allerhöchsten Stufe der Sittenlehre erheben und schufen, von diesem Gedanken geleitet, hohe moralische Gesetze, welche die Grundlage für eine gesellschaftliche Wohlfahrt bildeten. Recht und Moral gingen hierbei keineswegs auseinander, sondern verschmolzen eng miteinander. Das Recht

erweist sich als eine Forderung der Moral. Das Verbot: „Laß dich nicht gelüsten", steht auf gleicher Stufe mit dem „du sollst nicht stehlen" und „du sollst nicht töten". Die Gesetzgebung Mosis läuft darauf hinaus, juridische Regeln mit ethischen Motiven zu begründen. „Worauf soll der Arme ruhen, ruft Mose aus und wenn er zu mir emporruft, werde ich seine Stimme erhören"[22]). Die Gesetzgebung der Propheten erweist sich als ein Entwurf, geplant für allerhöchste ethische Normen und moralische Lebensregeln. Diese bedeutenden Entwürfe konnten jedoch nicht so leicht und so schnell in den Rahmen des wirklichen Lebens eingepaßt werden, da die rauhe Wirklichkeit mit der idealen Höhe der Gesetze in Widerstreit stand. Die Talmudlehrer, deren Aufgabe es war, die Lehren der Propheten dem praktischen Leben anzupassen, mußten, um gewisse moralische Forderungen allen Menschen zugänglich zu machen, diese manchmal auf ein tieferes Niveau herabschrauben, während die ethischen Normen ohne jede Einschränkung nur für Auserwählte, geistig hochstehende und ideale Menschen ihre Geltung beibehielten[23]).

Somit entstand auf der einen Seite ein Gesetz, d. i. eine rechtliche Norm, die allen zugleich verbindlich war, auf der anderen Seite ein ethisches Ideal, welches zu erstreben dem sittlichen Menschen überlassen blieb. Selbstredend ist auch das Gesetz im Geist der Ethik geschaffen, welches sich ihr immer nähernd, ewig danach strebt, in einem Punkte vollkommen sich mit ihr zu decken. Darin können wir die Ursache erblicken, weshalb manche ethische Institutionen, die zu Anfang moralisch höher standen, nachdem sie im Leben eine praktische Anwendung erfuhren, statt vorwärtszuschreiten, zurückgegangen sind.

Hierzu einige Beispiele. Es sei das Gesetz der Schuldentilgung genannt, von der soeben die Rede war. Dieses hohe

---

[22]) Ex. 22, 26.

[23]) לפנים משו"הד.

Gesetz konnte in der rein idealen Gestalt, wie wir es in der Gesetzgebung Mosis finden, zu keiner praktischen Verwertung gelangen; dazu bedurfte es erst einer beträchtlichen Umgestaltung. Eine andere Institution ist יאוש. Das biblische Gesetz fordert von jedem, der einen fremden Gegenstand gefunden hat, diesen unbedingt dem Eigentümer zuzustellen[24]). Die Talmudlehrer haben dagegen bereits eine gewisse Einschränkung mit der Bezeichnung יאוש eingeführt, welche besagt, daß, falls der Eigentümer, gleichviel aus welchen Gründen, die Hoffnung aufgegeben hatte, den verlorenen Gegenstand wiederzufinden, letzterer vom Finder behalten werden kann[25]). Mit dem Inkrafttreten des יאוש als Gesetz ließen die Talmudlehrer jenes biblische Gesetz, welches von der unbedingten Zurückgabe des Fundes handelt, als eine ideale moralische Forderung dahingestellt[26]), לפנים משוה״ד, denn es war ihnen unmöglich, der Volksmasse dieses Bibelgesetz verbindlich zu machen, solange sie die Stufe eines solch hohen ethischen Ideals nicht erstiegen hatte. Nach biblischem Gesetz stand es jedem frei, in den Weingarten des Nächsten zu gehen und sich dort sattzuessen, während es nicht statthaft war, sich die Weintrauben in die Taschen zu stecken[27]). Dieses Gesetz fand aber in der späteren Gesellschaft keinen Anklang, da das entsprechende moralische Bewußtsein fehlte, und man beschränkte es in dem Sinne, daß man es nur für Arbeiter, die im betreffenden Weingarten beschäftigt waren, geltend machte. Die biblische Vorschrift im wörtlichen Sinne wurde lediglich von einzelnen Talmudlehrern befürwortet, mit denen die Mehrzahl jedoch sich nicht einverstanden erklären konnte, „da sonst“, wie sie sich ausdrückten, „niemand leben könne“[28]). Ebenso beschränkt der Talmud jenes höchst ideale biblische

---

[24]) Ex. 23, 4, Deut. 22 f.

[25]) Baba Mezia § 2.

[26]) Baba Mezia f. 24 b, Maimonides H. Gsela § 11, 7.

[27]) Deuter. 23, 25.

[28]) Baba Mezia f. 93 a.

Gesetz, welches fordert, daß ein zu den unentbehrlichen Gegenständen des Haushalts gehöriges Pfand täglich dem Schuldner zurückgegeben werde, damit er sich seiner bediene; der Talmud befreit den Gläubiger von dieser Verpflichtung, falls das Pfand bei Schließung des Leihvertrags genommen wird[29]. Es liegt auf der Hand, daß das biblische Gesetz nur unter der Voraussetzung bewahrt werden konnte, daß sowohl eine hohe moralische Erziehung der Volksmasse, wie auch ein vollkommen entwickeltes Sittlichkeitsgefühl und das der Loyalität herrschen. Da sich aber das Volk nicht immer auf solcher Stufe moralischer Entwicklung befand, so waren die Talmudlehrer genötigt im Interesse der Rechtsverteidigung des Gläubigers, die biblische Forderung einigermaßen zu beschränken. Die Institution der Verjährung hat im biblischen Recht gar keine Begründung. Die mosaische Gesetzgebung, welche das Eigentumsrecht so hochschätzt, konnte dasselbe nicht ausschließlich mit dem Besitze beschränken. Das gelobte Land wird, ungeachtet der Verwaltung desselben durch andere Völker, dennoch als israelitisches betrachtet. Die Talmudisten führten jedoch, da sie mit der Forderung des Lebens rechneten, die Unterscheidung von Eigentum und Besitz und als Folge davon jenes Verjährungsgesetz ein[30]. In der Tat haben sie das Verjährungsgesetz mit der Forderung — bona fide — sowohl, wie auch mit einem Titel umstellt[31]. In der Bibel findet sich ja zu dieser Institution keine Spur eines Hinweises. Es liegt auch die Vermutung nahe, die Juden hätten die Institution der Verjährung aus Babylon entlehnt. Eine dreijährige Verjährung findet sich nämlich auch wirklich unter den Gesetzen Hamurabis[32] und wurde in Syrien sowohl als in Babylon angewandt und galt daselbst als gang und gäbe.

---

[29]) Ibid. f. 104, Maimonides H. Malwew'lewe § 3, 5.
[30]) Baba-Batra § 3, 1.
[31]) Ibid. § 3, 3.
[32]) Die Gesetze Hamurabis § 30.

Nach Rückkehr der Juden aus dem babylonischen Exil nach Palästina konnte es wohl vorkommen, daß sich manche Leute des Eigentums der Abwesenden bemächtigten. Hier konnte deshalb die Frage über das Recht des verjährten Besitzes entstehen, und man machte aller Wahrscheinlichkeit nach von der aus Babylon entlehnten Institution Gebrauch.

Ein zweiter sehr wesentlicher Umstand, der die Entwicklung des jüdischen Rechts im regressiven Sinne beeinflußte, war der äußere Druck. Das jüdische Recht erfuhr keine natürliche Entwicklung und verfiel nicht selten dem Einfluß der umliegenden Nachbarvölker. Obgleich ich persönlich der Meinung bin, daß unser Recht, abgesehen vom fremden Einfluß, mehr oder weniger selbständig sich entwickelt hat, da ja der Selbsterhaltungstrieb einerseits, und die Abgesondertheit der jüdischen Nation anderseits, keineswegs eine ins Gewicht fallende Beeinflussung eines fremden Elements zuließen, so konnten die Gesetzgeber bei aller Mühe dennoch nicht umhin, dem äußeren Druck nachzugeben. Unter diesem Einflusse eben mußte es geschehen, daß die Gesetzgebung von der fortschrittlichen Entwicklung abwich. So kennt das biblische Recht zurzeit keine Einschränkung in der rechtlichen Verteidigung von Personen. Alle unterliegen ohne Unterschied dem Rechtsschutze: „Ein Gesetz sollt ihr haben für den Ankömmling und den Bürger". In der talmudischen Epoche besteht aber eine Einschränkung bezüglich der Verteidigung von Denunzianten, Verrätern und Abtrünnigen. Diese Maßnahme erscheint immerhin uns als eine abgezwungene Antwort auf die Beschränkungen, die für die Juden in fremden Ländern Geltung hatten.

Hierfür läßt sich ein Beispiel anführen: das biblische Recht überläßt nur dem Vater, eine unmündige Tochter zu verheiraten, was zu jener Zeit dem Verkauf der Tochter gleichkam. In keinem Fall aber stand dies Recht den Brüdern zu. Das Recht des Talmud überträgt hingegen dieses Recht auch den Brüdern, die nach dem Tode des Vaters die Vormund-

schaft über die Schwestern bekommen[33]). Denn ein solches Recht war anderen orientalischen Völkerschaften eigen, die auf einer niedrigeren Stufe der Moralerkenntnis standen als die Juden und bei denen die Frau stets der Vormundschaft der Aelteren in der Familie unterstand. Dem Geiste des jüdischen Rechts ist eine Vormundschaft über Frauen wie die griechische, nach der die Frau niemals eine Selbständigkeit erlangen kann, vollkommen fremd. Eine derartige Sitte konnte zu uns nur von außen her eindringen.

Oder ein anderes Beispiel: In gewissen Fällen wird das Recht durch physische Kraft — Zweikampf — entschieden[34]). Dem jüdischen Geiste jedoch, der sich nicht auf Macht, sondern auf Moral und Gerechtigkeit stützt, ist solch Richten von Grund aus fremd. Diese Anschauung konnte daher bei uns nur unter dem Einflusse des persischen Rechts entstehen, welches manchen Talmudisten sehr wohl bekannt war. Vor allen sei Raw Nachman genannt[35]), der Schwiegersohn des Resch-Galuta, welch letzterer ein Regierungsamt in Persien bekleidete und oft sich persischer Gesetze bediente[36]).

Ebenso beginnt der Formalismus und die Wertbildung, welche dem biblischen Zeitalter fremd sind, hervorzuragen und eine eminierende Stelle in der talmudischen Epoche einzunehmen. Auch dieser Umstand verdankt höchstwahrscheinlich dem Einflusse der umliegenden Völkerschaften, die mit Juden in Handelsverkehr traten und mit ihnen Verträge abschlossen, die nach damaliger Anschauung bei anderen Völkern durch viele Formalitäten zustande kamen, seine Entstehung. In diesem Bilde entrollt sich der Inhalt des Rechts, in Zickzacklinien sich bald vorwärts, bald rückwärts schlängelnd, je nachdem es die Lebensbedingungen erforderlich machen.

---

[33]) Jebamot f. 107.

[34]) Baba-Batra f. 34.

[35]) Ibid.

[36]) [Ueber den Einfluß des babylonisch-persischen Rechts vgl. diese Zeitschrift XXVII, S. 142 f. — Kohler.]

Nunmehr wollen wir zeigen, in welche Hauptperioden die Geschichte des jüdischen Rechts eingeteilt werden kann, und wieviele es solcher gibt. Hier müssen wir von einer eingehenden Behandlung dieses Stoffes absehen, da er ein besonderes Forschungsgebiet darstellt. Wir teilen das jüdische Recht in 4 Perioden: In die biblische Periode einschließlich bis zur Zeit des ersten Tempels, die Periode der Mischna, welche die Zeit des zweiten Tempels charakterisiert, die Periode der Gemara — vom Abschlusse der Mischna bis zu den Gaoniten reichend und endlich die Periode der Kodifikation — von den Gaoniten bis zu dem Schulchan Aruch. Jede dieser Perioden unterscheidet sich sowohl durch ihre politische und staatliche Ordnung wie auch durch Familiengliederung, Anschauungen über Moral und völkerrechtliche Stellung. All dieses übte seinen Einfluß auf die Aenderung des Rechts aus.

Während die biblische Periode durch Höhe der Schöpfung, durch Zeitigung höchster menschlicher Ideale und moralischer Normen die anderen überragt, zeichnet sich die zweite Mischnaperiode durch ihren allumfassenden Charakter, durch ihre Konsequenz, ihre praktische Verwendbarkeit und durch die Eigentümlichkeit nationaler Formen aus. Denn das ganze Leben zur Zeit des zweiten Tempels zeichnet sich durch eine äußere Vielartigkeit und seltene Originalität aus —, dies sind Schöpfungszüge, die markante Spuren in der späteren Geschichte des jüdischen Volkes hinterlassen haben. Diese Eigentümlichkeit der zweiten Periode mußte sich auch auf dem Gebiete des Rechts geltend machen. Während die erste Periode lediglich ein Schema des allgemeinen Bündnisses zutage förderte, hat die zweite Periode besondere Formen für alle Lebenserscheinungen ausgearbeitet, ohne auch nur einen einzigen Punkt auszulassen, der nicht in den Rahmen des Gesetzes eingeschlossen wäre. All dies vollzog sich auf Grund reinnationaler Anschauungen und ohne jede Beimengung eines fremden Elements.

Die dritte Periode hat ihren selbständigen Charakter be-

reits eingebüßt. Die Juden, die sich unter der persischen Herrschaft befanden, erfreuten sich zwar der Autonomie, verfielen aber dem Einflusse des herrschenden Rechts. Außerdem beanspruchen die Amoräer nicht, Gesetzgeber zu sein, sondern lediglich Interpretatoren. So haben sie zwar die vorhandenen Gesetze einer vollständig freien Auslegung unterzogen, jedoch keine eigene großzügige Gesetzgebung geschaffen.

Die vierte Periode kennzeichnet die Vorherrschaft der wörtlichen Auslegung des Gesetzes über seinen Geist. Es wäre aber falsch, die Beseitigung des Geistes in dieser Epoche ganz leugnen zu wollen. Denn eine Reihe von Institutionen, insbesondere das Familienrecht hat in dieser Epoche infolge kultureller und politischer Ursachen einen großen Umschwung erfahren.

Wenn wir all das Gesagte zusammenfassen, müssen wir zu folgendem Schluß gelangen. Die Ursache für den Mangel einer Geschichte in unserem Recht kann teils durch das Fehlen einer systematischen Verarbeitung der Rechtsdogmen erklärt werden, teils aber auch dadurch, daß unsere Gesetzgeber eine Entwicklung des jüdischen Rechts nicht anerkannten. In Wirklichkeit aber läßt sich bei uns ohne Zweifel eine Entwicklung des Rechts wahrnehmen. Das Recht fällt ständigen Aenderungen anheim, ohne jedoch im mindesten den Zusammenhang mit der biblischen Gesetzgebung zu verlieren, so daß sich nur die Formen änderten. Der Geist blieb dennoch beständig. Die Umstände, welche die Aenderung des Rechtsinhaltes bewirkten, sind allgemeine Anlässe des gesellschaftlichen Fortschrittes. Es sind: die Aenderung der Anschauungen in bezug auf Moral, die Entwicklung der Gesellschaftsordnung der Familienverbände, die Loslösung der Persönlichkeit von der Vormundschaft der Familie usf. Oftmals aber nimmt die Entwicklung statt der progressiven Richtung eine rückwärts gerichtete an, einerseits infolge völkerrechtlich politischer Lage der Juden und anderseits infolge des Nichtgewachsenseins der Volksmasse, einige besonders hohe Ideale und moralische

Regeln zu fassen, welche die Basis der jüdischen Rechtsnormen ausmachen. Demnach muß das jüdische Recht in vier Hauptperioden eingeteilt werden: die biblische, mischnaische, talmudische und kodifizierende, deren Merkmale sind: die der ersten: die Geistesmacht, Schöpfungskraft und das Streben zu den hohen menschlichen Idealen, der zweiten: eine Vorerziehung des Volkes, die Schaffung vielartiger Rechtsformen, in der Hauptsache aber die Anpassung des Rechts an die Lebensansprüche; die der dritten: die Entwicklung der Kommentare und das Eindringen einiger fremder Elemente; die der vierten: das Streben, das zerstreute Material in ein System einzufügen.

Die Bedeutung der Kenntnis der Geschichte des jüdischen Rechts für die Juden, wie für die gesamte Rechtswissenschaft liegt auf der Hand. Der Talmud, dieses wunderbare Denkmal jüdischen Geistes, ist bisher weitaus nicht vollständig bearbeitet worden; er ist der Kompliziertheit seiner Formen wegen auch denen unzugänglich, die seine Sprache kennen. Weil seine Tiefen nur von Spezialisten erschlossen werden können, haben seine Gegner, deren es stets zahlreiche gegeben hat, einzelne Aussprüche herausgegriffen, die unter dem Einflusse bestimmter Momente und geschichtlicher Bedingungen standen und sie dazu verwendet, das Judentum und den Talmud anzugreifen.

Da alle talmudischen Gesetze Resultate historischer Notwendigkeiten sind, sind Angriffe auf sie unbegründet und zwecklos; denn Geschichte kann man nicht loben noch tadeln, sondern lediglich erkennen. Die Kenntnis des jüdischen Rechts, deren Grundzüge Moral und gegenseitiges Eingehen aufeinander sind, werden der Rechtswissenschaft einen neuen Horizont öffnen, die bisher meist nur das römische Recht rezipierte.

XVII.

Die Haftung des Verwahrers nach talmudischem Recht[1]).

Von

Nathan Hurewitsch, Berlin.

§ 1.

Ein kurzer Ueberblick über diejenigen Stellen im Talmud, in denen vom Verwahrer gesprochen wird, genügt schon, um festzustellen, daß der Talmud mit dem Namen „Verwahrer" nicht nur denjenigen bezeichnet, der sich zur Aufbewahrung einer Sache kraft eines speziellen Aufbewahrungsvertrags verpflichtet hat, sondern auch denjenigen, dem die Aufbewahrung als Folge eines anderen Rechtsgeschäftes obliegt. Mit anderen Worten: Verwahrer nach dem Talmud ist nicht nur der Depositar, sondern auch der Mieter einer Sache und der Kommodatar.

I. Aus den vielen Stellen im Talmud, welche diese Frage behandeln, sei folgende erwähnt: „Es gibt vier Arten von Verwahrern: unentgeltlicher Verwahrer, Kommodatar, entgeltlicher Verwahrer und Mieter", Baba-Mezia 93 a. Demnach können wir den Begriff „Verwahrer" nach dem Talmud folgendermaßen definieren:

---

[1]) [Nachdem über die Zufallshaftung im Talmudrecht schon mehrfach in dieser Zeitschrift (XX, S. 190 f., XXVII, S. 161) gehandelt worden ist, lassen wir jetzt einen Talmudkenner sprechen. Der Verfasser hat darüber in meinem Seminar vorgetragen. — Kohler.]

Verwahrer ist derjenige, der eine fremde Sache zur Aufbewahrung oder Benützung in seinen Besitz nimmt.

Daraus folgt:

1. Der Verwahrer muß die fremde Sache in seinen Besitz nehmen. Der Talmud betrachtet also, wie das römische Recht, die Verwahrung als einen Realkontrakt [sagte R. Eliaser: „So gut, wie man bei den Käufern Besitzergreifen festgesetzt hat, so hat man auch das Besitzergreifen bei den Verwahrern festgesetzt" — Baba-Kama 79 a. So Maimonides („von der Miete" 2, 8). Die Tosafisten aber wollen aus einer Stelle im Talmud schließen, daß auch bei pactum de deponendo ein Verwahrungsvertrag vorliegt (Baba-Mezia 99a voce כֵּן)].

2. Der Gegenstand der Verwahrung muß eine bewegliche Sache sein.

[Šebuoth 43a: Die Rabbanan lehrten: „wenn jemand seinem Genossen gibt Geld oder Geräte zum Aufbewahren (Ex. 22, 6), wenn jemand seinem Genossen gibt — generell; Geld oder Geräte — speziell; zum Aufbewahren — wiederum generell. Dies ist also eine Generalisierung, Spezialisierung und Generalisierung, wobei du dich nur nach dem Speziellen zu richten hast: wie das Spezielle, das genannt wird, beweglich und selbst Geld ist, ebenso auch alles andere, was beweglich und selbst Geld ist, ausgenommen sind also Grundstücke, die nicht beweglich sind . . ."]

3. Der Verwahrer, falls er die Sache nicht zur Benützung nimmt, muß sich zur Aufbewahrung der Sache verpflichten. Daß er es ausdrücklich sagt, ist nicht notwendig; es genügt vielmehr, wenn aus seinen Worten oder Handlungen zu erkennen ist, daß er die Verwahrung der Sache auf sich nimmt. So z. B. wenn er dem Deponent sagt: „Lege die Sache vor mich hin!" (Baba-Mezia 80 b.)

II. Nach unseren Ausführungen finden wir also im Talmud zwei Arten von Verwahrern: denjenigen, der die Sache zum Aufbewahren, und denjenigen, der sie zur Benützung nimmt. Die genannten Arten können wiederum in zwei Gruppen geteilt werden, je nachdem es eine entgeltliche oder unent-

geltliche Verwahrung ist und ob für die Benützung der Sache bezahlt wird oder nicht. Wir wollen die Arten des talmudischen Verwahrers aufzählen:

1. Unentgeltlicher Verwahrer: derjenige, der unentgeltlich die Sache zum Aufbewahren nimmt.

2. Entgeltlicher Verwahrer, wer irgend einen Lohn für die Verwahrung bekommt. — Als entgeltlichen Verwahrer betrachtet der Talmud auch denjenigen, der zwar nicht einen Lohn für die Aufbewahrung der Sache bekommt, der aber Nutzen vom Geschäft, das die betreffende Sache in seinen Besitz gebracht hat, zieht. So ist der Finder ein entgeltlicher Verwahrer, weil er ein göttliches Gebot übt und während seiner Beschäftigung mit der gefundenen Sache von etwaigen anderen göttlichen Geboten, die mit Ausgaben verbunden sind, befreit ist (z. B. einem Armen Almosen zu geben)[2]; so wird der Handwerker dadurch, daß er für seinen Lohn ein Rückbehaltungsrecht an der gefertigten Sache hat, zum Lohnhüter"[3]) u. a.

3. Leiher: wer unentgeltlich Benützung von der in seinem Besitz befindlichen fremden Sache zieht.

4. Mieter: wer irgend einen Lohn für die Benützung der in seinem Besitz befindlichen fremden Sache bezahlt.

---

[2]) Baba-Kama 56 b: „Es wurde gelehrt: Der Hüter eines Funds (wer einen Gegenstand findet und ihn in seinem Besitz behält) gleicht, wie Rabba sagt, einem unbezahlten Hüter und, wie R. Joseph sagt, einem Lohnhüter. Rabba sagt, er gleiche einem unbezahlten Hüter, denn er hat ja davon keinen Nutzen; R. Joseph sagt, er gleiche einem Lohnhüter, denn für den Nutzen, daß er nicht nötig hat, einem Armen Brot zu verabreichen, gilt er als Lohnhüter." Diese Meinung des R. Joseph beruht auf dem Grundsatz, daß, wer sich mit einer gottgefälligen Handlung befaßt, ist von jeder anderen befreit; diese braucht also keine Almosen zu spenden. Die Halaeha hat wie R. Joseph entschieden; so Maimonides, Von dem Funde 13, 10.

[3]) Baba-Mezia 80 b, in der Mischna: „Handwerker gelten als Lohnhüter." Die Gemara gibt dazu folgenden Grund an: „dafür, daß er für seinen Lohn (ein Pfand) in der Hand hat und nicht nach seinem Geld ein- und auszugehen braucht, gilt er als Lohnhüter."

Der Grad der Haftung dieser Verwahrer ist nicht derselbe. Der Talmud geht von dem Standpunkt aus, daß die Haftung eines jeden dieser Verwahrer abhängig ist von dem Vorteil, den er aus dem Geschäfte zieht. Daher die Steigerung der Haftung vom unentgeltlichen Verwahrer bis zum Leiher.

Der Talmud kennt drei Grade der Haftung für den Verwahrer:

1. Fahrlässigkeit,
2. Schädigung der Sache durch dem Zufall ähnliche Ereignisse und
3. Zufall.

Der unentgeltliche Verwahrer haftet nur für Fahrlässigkeit, der entgeltliche Verwahrer und der Mieter auch für quasi-Zufall, der Leiher sogar für Zufall[4]).

Die folgenden Paragraphen sollen eine nähere Erklärung dieser Haftungsgrade des Verwahrers geben.

§ 2.

I. Fahrlässig, nach dem Talmud, handelt, wer dem andern dadurch einen Schaden verursacht, daß er die ihm (kraft des Kontraktes oder Gesetzes) auferlegten Pflichten nicht erfüllt. Als Maßstab dazu dient „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt", übereinstimmend mit dem § 276 des BGB. Um von der Verwahrung zu sprechen, so fordert der Talmud, daß er die ihm zur Aufbewahrung gegebene Sache „nach der Art der Hüter" aufbewahrt. Diese „Art der Hüter" wird nach Ort und Zeit bestimmt[5]). Hat der Verwahrer nicht so ge-

---

[4]) Baba-Mezia 94 b: „Dort wird gelehrt: Es gibt viererlei Hüter: der unbezahlte Hüter, der Entleiher, der Lohnhüter und der Mieter. Der unbezahlte Hüter kann in allen Fällen schwören (daß er nicht fahrlässig war), der Entleiher muß in allen Fällen bezahlen, der Lohnhüter und der Mieter können schwören, wenn (das anvertraute Vieh) einen Bruch erlitten hat, gefangen worden oder verendet ist und müssen bezahlen bei Verlust oder Diebstahl."

[5]) Baba-Mezia 42 a: „Wenn jemand seinem Nächsten Geld zur Ver-

handelt, hat er eine für die aufzubewahrende Sache schädigende Maßregel getroffen, oder eine nötige Handlung unterlassen, so handelt er fahrlässig. Die römische Differenzierung der culpa in „levis“ und „lata“ ist dem Talmund fremd. Auch der Begriff „diligentia quam in suis“, den das BGB. für die Haftung des unentgeltlichen Verwahrers anwendet, ist dem talmudischen Recht unbekannt. Zum vollen Ausdruck bringt es Maimonides, indem er sagt: „. . . obwohl er (der unentgeltliche Verwahrer) das Depositum unter seinen eigenen Sachen hingelegt hat, haftet er doch für den entstandenen Schaden: mit seinen eigenen Sachen durfte er so verfahren, nicht aber mit fremden“ (Von der Leihe 4, 3). Der Talmud macht also den unentgeltlichen Verwahrer für jeden Schaden verantwortlich, der bei einem anderen, mit den Verhältnissen vertrauten Verwahrer nicht entstehen würde. Der unentgeltliche Verwahrer also haftet nach talmudischem Recht, um sich der Terminologie des römischen Rechts zn bedienen, auch für culpa levis.

II. Wie gesagt, finden wir nirgends im Talmud eine Differenzierung der culpa in „levis“ und „lata“. Doch spricht der Talmud von einer „vorzüglichen Aufbewahrung“ und will den entgeltlichen Verwahrer haften lassen für Fahrlässigkeit in „vorzüglicher Aufbewahrung“ נטירותא יתרתא oder mit Hošen-Mišpat 303, 11 שמירה מעולה. Um diese letzte Art der Aufbewahrung näher zu bestimmen, wollen wir einige dazu gehörige Stellen aus dem Talmud zitieren.

---

wahrung gegeben und dieser es eingebunden und über den Rücken geworfen oder seinem minderjährigen Sohn oder seiner minderjährigen Tochter gegeben oder ungenügend eingeschlossen hat, so ist er ersatzpflichtig, weil er es nicht nach Art der Hüter bewacht hat; wenn er es aber nach Art der Hüter bewacht hat, so ist er frei.“ Samuel sagte: „Geld kann nur in der Erde verwahrt werden . . . Jetzt aber, wo Taster (die den Boden mit Spießen untersuchen) vorhanden sind, kann es nur in den Höhen der Balken verwahrt werden; jetzt aber, wo Balkenbrecher vorhanden sind, kann es nur in den Balkenfugen verwahrt werden . . .“ (ibid.).

1. „Einst war ein Schäfer, der weidete das Vieh am Ufer des Stromes Papa. Glitt eins von ihnen aus und fiel ins Wasser. Da kam man vor Rabbah (zu Gericht) und dieser sprach ihn (den Hirten) frei; er sagte: was hätte er tun sollen ... Rab Chasda und Rabbah bar Rab Huna sind nicht derselben Meinung des Rabbah; sie sagen: (der Eigentümer des Viehs spricht): deshalb gab ich dir Lohn, daß du mir das Vieh vorzüglich hütest."

Die Praxis hat nach der letzten Meinung entschieden (s. Maimonides, Von der Miete 3, 9).

2. „Ein Hirt, welcher weidete, verließ seine Herde und ging nach der Stadt, darauf kam ein Wolf und zerriß, oder ein Löwe und zertrat (ein Stück Vieh); sagen wir nicht: wäre er zugegen gewesen, so hätte er es gerettet, sondern wir erwägen: ob, wenn er da gewesen wäre, er es hätte retten können, dann ist er schuldig; wo nicht, dann ist er frei ... der Gratishüter (wenn er es) umsonst (hätte retten können), der Lohnhüter für Lohn."

Maimonides, der diese Stelle zitiert, fügt hinzu:

„Hat er nicht so gehandelt, hat er (Leute, die das Vieh retten sollten) zu mieten gehabt und hat er sie nicht gemietet, so hat er fahrlässig gehandelt und ist schuldig." (Von der Miete 3, 6.)

Aus diesen Stellen geht hervor, daß der Talmud zwei Arten von Fahrlässigkeit in der Aufbewahrung kennt: Fahrlässigkeit des unentgeltlichen und des entgeltlichen Verwahrers, oder Fahrlässigkeit in einfacher und vorzüglicher Aufbewahrung. Wo die Grenze zwischen der einfachen und der vorzüglichen, nur dem entgeltlichen Verwahrer obliegenden Verwahrung liegt, das läßt sich nicht ohne weiteres bestimmen. Der Richter hat sich bei jedem einzelnen Fall nach Ort und Zeit zu richten.

Doch muß man bei der Annahme von zwei Arten der Fahrlässigkeit in der Aufbewahrung nach dem Talmud sehr vorsichtig sein.

Es ist durchaus nicht daraus zu schließen, daß der Talmud auf römische Art die culpa in „levis" und „lata" differenziert. Schon abgesehen davon, daß außer diesem Falle nirgends im Talmud eine Zerteilung der culpa zu finden ist, trägt auch

dieser Fall einige Bedenken in sich. Wir wissen ja, daß der Talmud den entgeltlichen Verwahrer auch für Schädigung der Sache durch „dem Zufall ähnliche Ereignisse“ haften läßt. Nun ist es möglich, daß die Haftung für Nichterfüllung der vorzüglichen Aufbewahrung nicht zu culpa gehört, sondern zu derjenigen Haftung des entgeltlichen Verwahrers, die zwischen culpa und Zufall steht.

III. Der Talmud begnügt sich nicht damit, daß er den Verwahrer verpflichtet, „nach der Art der Hüter“ zu hüten, sondern behandelt auch verschiedene Einzelfälle, in denen eine Fahrlässigkeit des Verwahrers vorliegt. Diese Fälle zeigen uns, welche Pflichten der Talmud dem Verwahrer auferlegt und wie der Begriff der Fahrlässigkeit im Talmud verstanden wird.

Der Verwahrer ist fahrlässig:

1. Wenn er die aufzubewahrende Sache einem Zweiten übergibt [6]).

Diese dem BGB. entsprechende Bestimmung weicht bei ihrer näheren Betrachtung vom letzteren sehr ab. Als Grund dafür gibt der Talmud an, daß der Hinterleger dem Verwahrer sagen kann: „dir glaube ich, wenn du schwörst, ihm aber nicht“ (der Verwahrer hat bei einem entstehenden Schaden den Eid zu leisten, daß er seine Pflichten erfüllt hatte). Daraus folgt, daß, wenn der Hinterleger schon mehrere Male diesem Zweiten Sachen zur Aufbewahrung gegeben und damit die Glaubwürdigkeit des letzteren bezeugt hatte, kein Grund mehr

---

[6]) Raba sagte: Die Halaeha ist: wenn ein Hüter etwas einem anderen Hüter übergeben hat, so ist er ersatzpflichtig; selbstverständlich ist dies, wenn ein Lohnhüter es einem unbezahlten Hüter übergeben und somit die Bewachung verschlechtert hat, aber auch, wenn ein unbezahlter Hüter es einem Lohnhüter übergeben hat, ist er ersatzpflichtig, weil jener sagen kann: dir traue ich auf einen Eid, ihm traue ich auf einen Eid nicht. Baba-Mezia 36 b. Den zweiten, von Abbajje angegebenen Grund, weil er sagen kann, er wünsche nicht, daß sein Eigentum in fremde Hände gelange, hat sie Halaeha nicht aufgenommen.

vorliegt, um den Verwahrer für die Uebergabe der Sache an den Zweiten schuldig zu machen[7]).

2. Wenn er nach dem Ablaufe der Frist sich nicht erinnern kann, wo er die Sache hingelegt hat; er kann nicht vom Hinterleger verlangen, daß er ihm Zeit zur Erinnerung gibt[8]).

3. Wenn er die Sache nicht energisch vor der Gefahr geschützt hatte, d. h., wenn er zwar selbst alles angewendet hat, um die Sache zu retten, sich aber nicht der Hilfe anderer dazu bedient hat. Der unentgeltliche Verwahrer ist fahrlässig, wenn er es ohne Ausgaben tun könnte, der entgeltlicher wenn auch das Herbeirufen der zur Rettung der Sache nötigen Leute mit Ausgaben verbunden ist (die Ausgaben werden ihm vom Hinterleger ersetzt).

4. Wenn infolge seines undeutlichen Befehls sein Gehilfe die Sache geschädigt hat[9]).

---

[7]) Es waren einst Gärtner, die täglich ihre Schaufeln bei einer alten Frau zu verwahren pflegten; eines Tages verwahrten sie sie bei einem von ihnen und als dieser einen Hochzeitstrubel vernahm, übergab er sie jener alten Frau und ging dahin. Während er ging und zurückkam, wurden die Schaufeln gestohlen. Darauf kam er vor Rabh, und dieser befreite ihn (vom Ersatz). Wer dies hörte, glaubte, weil ein Hüter, der etwas einem anderen Hüter übergibt, ersatzfrei sei; dies war aber nicht (der Grund); anders verhielt es sich in jenem Fall, da diese selbst sie täglich bei jener alten Frau zu verwahren pflegten. Baba-Mezia 36 a.

[8]) Einst gab jemand seinem Nächsten Geld zur Verwahrung; als jener darauf sein Geld zurückverlangte, erwiderte dieser, er wisse nicht, wo er es hingetan habe. Darauf kam er vor Raba; da sprach er: nicht wissen ist eine Fahrlässigkeit; geh, leiste Ersatz. Baba-Mezia 42 a. Oben § 2 II, 2.

[9]) Einst gab jemand seinem Nächsten Hopfen zur Verwahrung und dieser hatte ebenfalls einen Haufen Hopfen; hierauf wies er seinen Verwalter an, von diesem (der ihm gehörte) zu nehmen, jener aber nahm vom anderen. Da sprach R. Amram: Wie sollen nun die Richter in dieser Sache urteilen? Verlangt man von ihm, daß er Ersatz leiste, so kann er erwidern, er habe ihn ja angewiesen von diesem zu nehmen; verlangt man vom Verwalter, daß er Ersatz leiste, so kann er ja erwidern, er sagte mir nicht, daß ich nur von diesem nehme und von jenem nicht . . . B.-Mezia 42 b.

Aus dem Fall, den der Talmud dazu bringt, geht hervor, daß, wenn sich der Verwahrer deutlich ausgedrückt, der Gehilfe aber doch dem Depositum einen Schaden zugefügt hat, der Verwahrer für diesen Schaden nicht haftet. Hier tritt der Gegensatz zwischen den Bestimmungen des Talmuds und des § 278 des BGB. deutlich hervor.

5. Wenn er den Dieb scherzweise aufgefordert, obwohl er nachher alles getan hat, um die Sache zu bewahren (B.-Mezia 93 b).

IV. Der Verwahrer haftet für seine fahrlässige Handlung nicht nur, wenn sie der aufzubewahrenden Sache unmittelbar einen Schaden zugefügt hatte, sondern auch dann, wenn der Schaden durch Zufall eingetreten ist; doch fordert der Talmud, daß ein gewisser Zusammenhang zwischen der fahrlässigen Handlung und dem Zufall stattfinde, d. h., wenn ohne die Fahrlässigkeit der Zufall überhaupt nicht eingetreten wäre[10]).

V. Der Talmud legt dem Verwahrer einige Pflichten auf, die zur Erhaltung der Sache dienen sollen. Doch ist der Talmud nicht geneigt, den Verwahrer für die Nichterfüllung dieser Pflichten, wie für Fahrlässigkeit, haftbar zu machen, wohl aber haftet er nach dem Grundsatz der „Rückgabe einer verlorenen Sache“ [11]).

§ 3.

I. Der Talmud bezeichnet den Zufall mit dem Worte אונס (Zwang, Nötigung), das sind solche Ereignisse, die mit

[10]) „Einst gab jemand seinem Nächsten Geld zur Verwahrung und dieser versteckte es in einer Weinlaube; darauf wurde es gestohlen. Da entschied R. Joseph: Wenn dies auch hinsichtlich des Diebstahls eine Bewachung ist, so ist es hinsichtlich der Feuersgefahr dennoch eine Fahrlässigkeit, und wenn es mit einer Fahrlässigkeit begonnen und mit einem Mißgeschick geendet hat, ist man ersatzpflichtig.“ B.-Mezia 42 a.

[11]) „Die Rabbanan lehrten: Wenn jemand Holzgeräte gefunden hat, so benutze er sie, damit sie nicht faulen . . . Wie sie dies von einem verlorenen Gegenstande bestimmt haben, so bestimmten sie es auch von einem verwahrten“ . . . B.-Mezia 30 a.

einer gewissen Gewalt auf die handelnde Person wirken, oder trotz ihres Widerstehens fortdauern. Dabei unterscheidet der Talmud nicht wie wir zwischen Zufall und höherer Gewalt. Doch finden wir folgende Differenzierung des Zufalls im Talmud:

1. Ein häufig vorkommender Zufall אונס דשכיח, so z. B. das Nichterscheinen wegen Fehlens der Fähre zum Uebersetzen über einen Fluß, die von einem Heiden ausgeübte Gewalt (Maimonides, Von dem Kauf 19,5) u. a.

2. Ein selten vorkommender Zufall אונס דלא שכיח. Dazu gehören die Verstopfung eines Flusses, Erdrosselung durch ein Tier u. a.

[. . . דההוא דאמר להו אי לא אתינא מיכן ועד תלתין יומין להוי גיטא אתא בסוף תלתין יומין ופסקיה מברא אמר להו חזו דאתאי חזו דאתאי אמר שמואל לאו שמיה מתיא ודילמא אונסא דשכיח שאני . . . Kethuboth 2 b

ההוא גברא דזבין ארעא לחבריה קביל עליה כל אונסא דמתיליד לסוף אפיקו בה נהרא . . . איגלגל מילתא ומטא לקמיה דרבא אמר להו אונסא דלא שכיח הוא. (Gittin 73 a.)

רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע זבן שומשמי אגידא דנהר מלכא אגור מלחי לעבורינהו קבילו להו כל אונסא דמתיליד לסוף איסתכר נהר מלכא אמרו להו אגורו חמרי אפקונהו ניהלן דהא קבילתו עלייכו כל אונסא דמתיליד אתו לקמיה דרבא אמר להו קאקי חיורי משלחי גלימא דאינשי אונסא דלא שכיח הוא שלחו מתם אבלו ארי אין לנו. (Ibid.)]

. . . Einst sagte jemand: Wenn ich bis dreißig Tagen nicht komme, so sei der Scheidebrief gültig. Als er dann kam, verhindert ihn die Fähre (er konnte nicht über den Fluß, da die Fähre nicht da war). Da rief er: Seht, ich bin gekommen, seht, ich bin gekommen. Hierauf entschied Šemuél, dies heiße kein Kommen. Vielleicht ist ein gewöhnlicher Zufall etwas anderes . . . (Kethuboth 2 b).

Einst verkaufte jemand ein Grundstück an seinen Nächsten und übernahm (Verantwortung für) jeden Unfall, der entstehen wird. Später zog man durch dieses einen Strom . . . Die Sache ging weiter und kam zu Raba, und er entschied ebenfalls, es sei ein ganz ungewöhnlicher Zufall (Gittin 73 a).

R. Papa und R. Hona, der Sohn R. Jehošuas, kauften Mohn am Ufer des Königsflusses und jene mieteten Schiffer für den Transport. Sie übernahmen (Verantwortung für) jeden Schaden, der entstehen wird. Später wurde der Königsfluß verstopft und diese sagten zu ihnen: Mietet Eseltreiber, die ihn uns bringen, denn ihr habt (Verantwortung)

übernommen für jeden Schaden, der entstehen wird. Als sie hierauf zu Raba kamen, sprach er zu ihnen: Weiße Gänse, die den Leuten die Kleider wegnehmen; es ist ein ganz ungewöhnlicher Zufall (ibid.).

Von dort ließen sie sagen: Mit dem Fall, wenn ein Löwe ihn gefressen hat, haben wir nichts zu tun (ibid.).

Die Tosafisten wollen noch eine Art des Zufalls im Talmud finden, die zwischen den oben (unter 1 und 2) geschilderten Arten des Zufalls steht — אונס דשכיח ולאשכיח. Diese dritte Art des Zufalls erwähnt der Talmud zwar nicht ausdrücklich, doch geht sie aus den Fragen und Antworten des Talmuds mit Notwendigkeit hervor. Im Talmud nämlich gibt es einen Unterschied in dieser Beziehung zwischen Zivilsachen und Ehescheidungen und es gilt sogar der Satz: „Bei Ehescheidungen gibt es keinen Notfall.“ Jetzt kommt die Frage: welche Art des Zufalls ist hier gemeint — der häufig oder der selten vorkommende Zufall? Bei einer näheren Betrachtung müssen wir zu dem Schlusse kommen, daß weder die erste noch die zweite Art des Zufalls hier angenommen werden kann. Denn der häufig vorkommende Zufall ist auch bei Zivilsachen kein Entschuldigungsgrund. Das geht hervor aus der oben zitierten Stelle: Um Rab-Papa und Rab-Huna von ihrer Haftung zu befreien, mußte Raba erklären, daß solcher Schaden sehr selten vorkommt. Ebenso kann hier nicht der selten vorkommende Zufall gemeint sein: Gegen die Entscheidung Rabas, die dahin ging, den Schuldner von seiner Haftung zu befreien, weil der betreffende Zufall sehr selten vorkommt, macht Rabina Einwendung aus einem ähnlichen Falle der Ehescheidung. Dieser Einwand hätte keinen Grund gehabt, wenn nicht beim selten vorkommenden Zufall dasselbe Prinzip für Zivilsachen und Ehescheidungen gälte. Wir müssen also annehmen, daß der Satz: „Es gibt keinen Zufall bei Ehescheidungen“ sich auf eine dritte Art des Zufalls bezieht, die zwischen diesen beiden Arten steht. Demgemäß finden wir im Talmud drei Arten des Zufalls: 1. der häufig vorkommende Zufall; dieser ist sogar bei Zivilsachen

keiner Bedeutung; 2. der selten vorkommende Zufall, der sowohl in Zivilsachen als in Ehescheidungen als Entschuldigungsgrund angesehen wird und 3. der nicht selten vorkommende Zufall; bei diesem letzteren macht es einen Unterschied zwischen Ehescheidungen und Zivilsachen: im ersten Falle hat der Zufall dieser Art keine Wirkung auf die Gültigkeit der Scheidung, im zweiten Falle wird der Schuldner von seiner Haftung befreit.

Um zu unserem Thema zurückzukehren, so haftet der Entleiher, weil er allein Nutzen aus diesem Geschäfte zieht, für jeden Zufall, mag er noch so außergewöhnlich sein, wie z. B. der Ueberfall mit bewaffneter Macht u. a. Nur in einem Falle wird er von der Haftung für Schaden oder Verlust der Sache befreit, wenn er durch die berechtigte Benützung der Sache entsteht.

II. Die dem Zufall ähnlichen Ereignisse, für die der entgeltliche Verwahrer einzustehen hat, bezeichnet der Talmud durch „Verlust und Diebstahl“ (גניבה ואבידה)[12]. Damit ist nicht gemeint, daß nur der entgeltliche Verwahrer für Verlust und Diebstahl haftet — dafür haftet auch der unentgeltliche Verwahrer, wenn wegen seiner Fahrlässigkeit die aufzubewahrende Sache gestohlen worden oder abhanden gekommen ist. Der Talmud will den entgeltlichen Verwahrer haften lassen, wenn er auch bei der Aufbewahrung der Sache nicht fahrlässig, die Sache aber doch gestohlen worden oder abhanden gekommen war. Er wird nur dann befreit, wenn er persönlich die Sache überwacht hat und trotz der Anwendung aller ihm zur Verfügung stehenden Mittel die Sache nicht retten konnte[13]).

§ 4.

I. Gibt der Verwahrer das Depositum zur verabredeten Frist nicht zurück, so ist er ersatzpflichtig, und zwar ist es

---

[12]) Baba-Mezia 94 b: „. . . wenn er bei einem Diebstahl, der dem Zufall nahe ist, Ersatz leisten muß . . .“; s. auch „Bēt Josef“ 303 I.

[13]) Vgl. Schulchan-Arukh, Chošen-Mišpat § 303 ².

beim Entleiher immer der Fall; der unentgeltliche Verwahrer kann sich von dieser Pflicht befreien, indem er — durch Zeugen oder Eid — den Beweis bringt, daß er die ihm obliegenden Pflichten erfüllt hat; für den entgeltlichen Verwahrer gilt das Obige. Die Ersatzpflicht erstreckt sich auf den Wert des Gegenstandes, den er zur Zeit seiner Uebergabe an den Verwahrer hatte, aber nur für den aus den Mitteilungen des Hinterlegers hervorgehenden Wert. Hat er z. B. bei der Uebergabe der Sache gesagt, sie sei aus Silber, in der Tat aber war es Gold, so haftet der Verwahrer beim Verlust des Gegenstandes nur, als wäre er aus Silber [14]).

II. Sind keine Zeugen da, sagt aber der Verwahrer selbst, daß er fahrlässig war, und ist er bereit, den Wert des Gegenstandes zu ersetzen, so muß er doch schwören, daß der Gegenstand sich nicht in seinem Besitz befindet. Dies gilt aber nur dann, wenn das Depositum eine Seltenheit ist, im andern Falle ist nicht anzunehmen, daß der Verwahrer sich für fahrlässig ausgibt, um die Sache in seinem Besitz zu behalten.

(Text zu I u. II:

Raba sagte: Wenn jemand einer Frau einen Golddenar übergibt und zu ihr spricht: sei behutsam damit, es ist aus Silber, so hat sie, wenn sie es beschädigt hat, einen Golddenar zu ersetzen, weil er zu ihr sagen kann: wie kommst du dazu, es zu beschädigen; wenn sie aber daran eine Fahrlässigkeit begangen hat (und er abhanden gekommen ist), so hat sie nur einen Silberdenar zu ersetzen, weil sie sagen kann, sie habe nur die Bewachung von Silber übernommen, nicht aber die Bewachung von Gold, Baba-Quama 62 a.

R. Hona sagte: Es wird ihm aber ein Schwur auferlegt, daß es sich nicht in seinem Besitz befindet, denn wir befürchten, er habe vielleicht ein Auge darauf geworfen. Baba-Mezia 34 b. Siehe Maimonides, Von der Leihe und Verwahrung, 6, 1.)

---

[14]) [Das entspricht unseren Bestimmungen, daß der Verwahrer, wenn es sich um Kostbarkeiten handelt, darauf aufmerksam gemacht werden muß, ansonst seine Haftung gemindert wird. — Kohler.]

§ 5.

I. In einigen Fällen wird der Verwahrer von seiner Haftung frei, sogar wenn er eine Fahrlässigkeit begangen hat:

1. Wenn er den Hinterleger zu irgend einem in seinem Raume zu verrichtenden Dienst gemietet oder beauftragt hatte[15]).

2. Wenn das Depositum aus Sklaven, Urkunden oder dem Heiligtume geweihten Sachen besteht[16]).

3. Wenn der Verwahrer kraft des Kontraktes für Verschulden nicht haftet. Der Talmud hat den Satz aufgestellt: „In Zivilsachen ist jede Bedingung gültig“, und wenn sogar der Verwahrer das Depositum vernichtet hat, ist er doch nicht ersatzpflichtig, wenn der Hinterleger dies ihm bei der Uebergabe der Sache erlaubt hatte (Baba-Quama 93 a)[17]).

§ 6.

I. Der Talmud macht keinen Unterschied, ob das Depositum eine vertretbare Sache ist oder nicht. In allen Fällen

[15]) „Es wurde gelehrt: Ueber die Fahrlässigkeit im Beisein des Eigentümers (wenn der Schaden durch Fahrlässigkeit des Hüters eingetreten ist, in welchem Fall auch der unbezahlte Hüter ersatzpflichtig ist, der Eigentümer aber anwesend war, d. h. in seinem Dienste war), streiten R. Aha und Rabina; einer sagt, er sei ersatzpflichtig, und der andere sagt, er sei ersatzfrei.“ Baba-Mezia 95 a; es wird nach der zweiten Meinung entschieden; s. dazu Tosafoth voce אתמר.

[16]) Daß der Verwahrer in diesem Falle keinen Eid leistet und die Verantwortlichkeit des unentgeltlichen Verwahrers nicht übernimmt, darüber sagt uns ausdrücklich die Mischna (Šebuoth 42 b): „Wegen folgender Dinge schwört man nicht: Sklaven, Schuldscheine, Grundstücke und Heiligengut... Ihretwegen braucht der unbezahlte Hüter nicht zu schwören, noch der Lohnhüter zu bezahlen.“ Ein Streit herrscht in bezug auf die Haftung für Fahrlässigkeit: Rosch und Alfassi befreien den Verwahrer von der Haftung für Fahrlässigkeit, Maimonides dagegen will auch bei deposita dieser Art den Verwahrer für Fahrlässigkeit haften lassen (Rosch, Šebuoth § 24; Maimonides, Von der Miete 2, 3).

[17]) „Ein unbezahlter Hüter kann vereinbaren, vom Schwur frei zu sein, ebenso ein Entleiher vom Ersatz frei zu sein, und ebenso ein Lohnhüter und ein Mieter vom Schwur bzw. vom Ersatz frei zu sein,“ Baba-Mezia 94 a.

darf der Verwahrer es nicht benützen. Eine Ausnahme gilt nur bei Geld unter zwei Bedingungen: 1. daß der Verwahrer ein Geldwechsler (שולחני) ist und 2. daß der Hinterleger ihm das Geld nicht eingebunden gibt. Dann ist anzunehmen, daß der Hinterleger dem Verwahrer erlaubt hat, das Geld zu gebrauchen [18]). Diese Verwahrung ist immer eine entgeltliche: die dem Verwahrer zustehende Möglichkeit, das Geld zu gebrauchen, wird als Lohn betrachtet (oben § 1, II, 1). Hat der Verwahrer das Geld gebraucht, so finden die Vorschriften von der Leihe Anwendung.

---

[18]) Baba-Mezia 43 a.

XVIII.

Zur Entwicklung der Stellvertretungslehre.

(Im Anschluß an den Aufsatz von Fränkel oben S. 289 f.)

Von

Josef Kohler.

§ 1.

Die äußerst wertvolle Darstellung von Fränkel hat uns gezeigt, wie bereits in der Glossatorenzeit und unter den Scholastikern die Ideen aufeinandergeplatzt sind und man sich allmählich zu der Lehre von der reinen Stellvertretung durchgerungen hat. Allerdings muß bemerkt werden, daß der Zustand der Lehre bei uns noch nicht ein vollkommen befriedigender ist, obgleich wir von den Ketten gelöst sind, mit welchen das römische Recht die Scholastiker band. Die berühmten Bestimmungen über die institoria actio einerseits die und über Haftung des institor's mit der actio directa anderseits haben den Scholastikern schweren Kummer bereitet, denn sie wollten das Recht einer früheren Entwicklungsstufe überschreiten, ohne sich doch direkt gegen das römische Recht zu verfehlen, ganz ähnlich wie die scholastischen Philosophen des Mittelalters sich durch das Dogma beengt fühlten. Wenn sich allerdings Zweifel einstellten, ob jemand im einzelnen Falle als institor oder quasi institor gehandelt hatte, dann blieb es immerhin noch ein gutes Aushilfsmittel, daß man jedenfalls den Kontrahenten selbst in Anspruch nehmen konnte, so daß die Frage sich lediglich darauf beschränkte, ob nebenbei noch eine actio institoria bestehe; und ein Rest dieser Anschauung

ist es, daß noch heutzutage der Stellvertreter bei Vollmachtsüberschreitung in gewissen Fällen direkt haften muß. Immerhin aber war die persönliche Mithaftung des institor mit der actio directa etwas sehr Bedrückendes; der Handel konnte sich damit nicht befreunden, und man suchte dem zu entgehen. Darum sind es hauptsächlich die Handelsrechtler gewesen, welche hier das Banner des Fortschrittes entfalteten. Sie erklärten zunächst, der institor hafte zwar, aber er hafte nur mit dem Vermögen des Herrn, nicht mit dem eigenen Vermögen, und seine Haftung höre auf, sobald er von seiner Stellung zurückgetreten sei und nichts mehr von der Habe des Herrn besitze.

So meinte auch Mevius Consilium 101, Nr. 44:

Nam etsi vel semet obligaverint, tamen, dum gerant officium, non teneantur quicquam ex tali contractu praestare de suo, sed tantum ex rebus domini, et satisfaciunt debito, si statim dominum delegaverint, aut, si id non fecerint, tamen, quantum in se est, curaverunt, ut ex iis satisfiat: si nihil ejus penes se stat, liberantur.

Und ib. Nr. 55:

At hoc non requiritur in ministro, qui domini literas accipiens, nunquam inde aliter, quam ut minister, procurator, institor tenetur, ideo non ipsemet de suo, sed tantum de eo, quod domini est, obstringitur, nec ultra etiam de hoc, quam durat officium et penes se habet. Protestatione etiam nulla ideo opus fuit, quod assignatio vel cessio modum certum, eumque sic formatum habuit, ut de suo non teneretur.

Doch der Handel drängte weiter.

Mit der größten Deutlichkeit haben vor allem die bahnbrechenden Antwerpener Statuten von 1609 hervorgehoben, daß nicht der Faktor, sondern nur der Geschäftsherr aus derartigen Verträgen des Faktors verbunden ist. Ich habe die Statuten in meinem Aufsatz über Niederländisches Handelsrecht, in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. LIX, S. 285, aufgeführt. Es heißt hier IV, 10, § 2, Nr. 8:

Eenen facteur oft bevelhebber, die den naem van sijnen meester oft bevelgever gebruijckt ende op den selven naem contracteert, coopt

oft schult maeckt, daertoe volcommen macht hebbende, en is ter saecken van dijen nit gehouden, maer den meester oft bevelhebber[1]) blijft daervoore verbonden, ende moet alsulcke schulden betaelen, al oft hij selver die gemaeckt hadde.

Dort ist auch ausgesprochen, daß, wenn der Stellvertreter ohne Vollmacht oder mit Ueberschreitung der Vollmacht gehandelt hat, der gutgläubige Dritte ihn wie einen Selbstkontrahenten verantwortlich machen könne.

War auf diese Weise die Bahn geebnet, um den Stellvertreter in der Regel von einer erdrückenden und unsachgemäßen Haftung zu befreien, so blieb auf der anderen Seite die Frage bestehen, in welchen Fällen jemand als Stellvertreter, in welchen Fällen er als Selbstkontrahent im Interesse eines Dritten zu behandeln sei — eine Frage, die noch heute von der äußersten Wichtigkeit ist. Der Satz, daß es darauf ankommt, ob der Stellvertreter im Namen des Geschäftsherrn oder im eigenen Namen gehandelt hat, ist von niemand klarer ausgesprochen worden als von Menochius, Consilia 608, Nr. 29, allerdings in einem Fall, wo es sich nicht um Schuld, sondern um Forderung handelt:

Actiones et nomina debitorum ex re domini per procuratorem et administratorem acquisita transire ad ipsum dominum sine cessione, quando verba stipulationis sunt concepta in personam domini, cum cessione vero, si sunt concepta in personam procuratoris.

Und das ganze Fazit der Entwicklung bietet Voet ad XIV, 3, Nr. 6:

Sunt tamen, qui censent, secundum mores hodiernos ei, qui cum institore contraxit, electionem non esse, utrum contra praeponentem, an potius adversus institorem agere velit, sed tantum contra praeponentem agendum esse: nisi quis cum institore non qua tali contraxerit, ignorans forte, eum institorem esse, quia tunc non alterius, quam eius, quocum contraxit, videri potest fidem secutus; vel nisi praeponens neget, hunc, cum quo contractum est, suum institorem esse; vel denique institor sese nominatim pro praeponente obstrinxerit.

---

[1]) Soll heißen bevelgever.

§ 2.

Die Frage über Vertretung kehrt, wie Fränkel mit Recht dargetan hat, im Gesellschaftsrecht wieder und macht hier ganz besondere Schwierigkeiten. Hier haben insbesondere auch die Antwerpener Statuten bestimmt, daß bei einer Handelsgesellschaft jeder geschäftsführende Gesellschafter von selber Vollmacht hat; und hier wie sonst wird zur Darlegung gebracht, daß, wo immer im Namen der Gesellschaft gehandelt wird, das Geschäft nicht ein Einzelgeschäft, sondern ein Gesellschaftsgeschäft ist, sofern es sich in den Grenzen der Gesellschaft hält. Vgl. Niederl. Handelsrecht a. a. O. S. 293 f.

§ 3.

Wie die Frage über die actio institoria die Haftung des Geschäftsherrn erfaßt, so betrifft die Frage der cessio actionis seinen Forderungserwerb. Daß der Geschäftsherr durch die Handlung des procurator nicht direkt, sondern erst durch Zession berechtigt werde, hat Hugo de Groot in seiner „Einleitung“ als Regel aufgestellt. Darüber ging Menochius, insbesondere aber Voet hinaus, wenigstens erklärte dieser den unmittelbaren Forderungserwerb als die herrschende Auffassung des Handels.

Hugo Grotius sagt in der Inleid. III, 1, § 36:

Wederom en kan niemand door een ander inschuld bekomen zonder opdracht: wel is waer dat den eigendom door gemachtigden kan werden bekomen, maer dat heeft alleen plaets wanner den eigendom volgt op bezit: nu is kennelick dat onlichamelicke dingen als inschulden niet bezeten en werden.

Also: Das Eigentum kann durch direkte Stellvertretung übergehen, denn es ist mit Besitz verbunden, und bezüglich des Besitzes findet eine Stellvertretung statt; Besitz aber gibt es bei unkörperlichen Gegenständen wie bei Forderungen nicht.

Im Gegensatz dazu steht die oben S. 442 angeführte Stelle des Menochius, welche in lapidarer Weise ausspricht, daß, wenn die Forderung im Namen des Geschäftsherrn ein-

gegangen worden ist, dieser sine cessione berechtigt wird. Und eine entsprechende Stelle der Rota Genuae wird unten S. 447 erwähnt werden.

Vorzüglich aber erklärt Voet ad XIV, 3, Nr. 7:

Vix amplius dubitari potest, quin ex contractu institoris, qua talis, valida praeponenti actio danda sit. Ac proinde actione venditi recte praeponens rerum suarum per institorem distractarum emtorem convenerit ad pretium, quod necdum institori persolutum est, sibi potius, quam institori solvendum, dum is forte foro cessit, aut incipit suspectus esse: si modo probet, se rem institori vendendam commisisse.

Und daß auch die holländische Praxis über Hugo Grotius hinausging, beweisen die von Fockema Andreae, Inleid. II, p. 138, gegebenen Nachweise, vor allem die Amsterdamer Gewohnheit von 1609 und eine Entscheidung des Hohen Rats von 1624.

Auch hier handelt es sich in der Praxis um die Frage, ob der Vertrag als ein stellvertretender Vertrag oder als ein Kommissionsvertrag im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung zu betrachten ist. Aber auch beim Kommissionsvertrag ist bis in die neueste Zeit die Anschauung nicht verschwunden, daß der Kommittent den Dritten ohne Zession in Anspruch nehmen darf, vor allem der Verkaufskommittent, wenn der Kommissionär dessen Waren verkauft hat; denn man muß in Betracht ziehen, daß der Kaufpreis aus der Ware des Kommittenten hervorging, und bis in die neueste Zeit haben unsere Rechte den Grundsatz aufgestellt, daß dem Kommittenten mindestens ein Aussonderungsrecht zuzugestehen ist, überall wo die strikte Durchführung des Kommissionsrechtes zum Abbruch seiner Interessen führte. Das ist vollkommen richtig und zutreffend, sofern man nur die Rechte des gutgläubigen Dritten nicht antastet; namentlich muß dies in Betracht kommen, wenn Dritte mit einer Gegenforderung gegen den Kommissionär kompensieren wollen: Der Kommittent kann nur unter Vorbehalt dieser Rechte gegen den Käufer der Ware direkt vorgehen.

So sprechen sich auch die holländischen Gutachten aus, so namentlich das Gutachten, welches a. a. O. S. 282 wiedergegeben ist: Wenn der Faktor kauft oder verkauft, ohne die Eigenschaft eines Faktors kundzugeben, dann ist er Gläubiger und Schuldner und der Dritte kann daher mit Forderungen kompensieren, die er gegen den Faktor hat.

§ 4.

Vor allem aber ist die Frage bis jetzt nicht zur Ruhe gekommen, ob, wenn der Einkaufskommissionär die Ware erwirbt, die Ware zunächst Eigentum des Kommissionärs wird, oder ob sie direkt in das Vermögen des Kommittenten übergeht? Voet nimmt einen direkten Uebergang der Ware an den Kommittenten an, so daß dieser ein Vindikationsrecht hat. Er sagt XIV, 3, Nr. 7:

Quemadmodum ex adverso etiam actione ex emto utiliter petere potest res suo mandato per institorem institorio nomine emtas, quin et tales, institori iam traditas, vindicare, etiamsi forte institor foro cesserit.

Von der Gesellschaft meint er allerdings XVII, 2, Nr. 6, daß die nach Eingehung der Gesellschaft erworbenen Waren erst gemeinsam gemacht werden müssen: Communicanda esse ... ut tamen intelligantur res in societatem communicatae, si eas emtas socius retulerit in rationes societatis.

Im Gegensatz dazu hat man die strikte Meinung aufgestellt, daß, wenn die Ware dem Kommissionär zu Eigentum übertragen werde, der Kommissionär Eigentümer werde, daß jedoch ein direktes Eigentum des Kommittenten entstehe, wenn der Dritte ausdrücklich den Kommittenten als den Erwerber bezeichnet und der Kommissionär nicht widersprochen habe. Diese Unterscheidung aber ist unpraktisch und doktrinär, denn eine derartige Distinktion macht der Handel nicht; nirgends erklärt der Uebertragende: „notabene ich übertrage nicht an dich, Kommissionär, sondern direkt an den Kommittenten;“ und nirgends erklärt der Kommissionär: „diese deine Erklärung habe ich ad notam genommen und stimme mit ihr über-

ein.“ Der Handel hat zu solchen Umständlichkeiten keine Zeit. Die Frage muß nach kaufmännischer Zweckmäßigkeit beantwortet werden; ihr unterwirft sich der Kaufmann. Man muß sagen: ist die Ware im Namen des Geschäftsherrn gekauft und dann dem Kommissionär übergeben worden, dann wird der Geschäftsherr sicher direkter Eigentümer, da die Lieferung doch selbstverständlich eine Lieferung nach Maßgabe des Kaufgeschäftes sein soll. Wenn aber der Kommissionär den Geschäftsherrn gar nicht genannt hat, so möchte wohl derselbe Gedanke dafür sprechen, daß stets der Kommissionär Eigentümer wird, eben weil die Lieferung im Sinne des Kaufgeschäftes geschieht und weil das Kommissionsverhältnis im Kaufgeschäft nicht hervortritt, weil es im Verhältnis zwischen Käufer und Dritten gleich Null ist. Indes ist dieser Grund nicht durchschlagend. Denn das Kommissionsverhältnis bei dem Eigentumsübergang zu ignorieren, ist nur dann geboten, wenn durch seine Berücksichtigung die Interessen des gutgläubigen Dritten oder die Interessen des Verkehrs gekränkt würden; wenn aber der gutgläubige Dritte kein Interesse daran hat, ob der Kommissionär oder der Kommittent Eigentümer wird, so ist von dieser Seite kein Grund vorhanden, den Uebergang des Eigentums an den Kommittenten und damit den schließlichen Erfolg des Geschäftes zu verzögern. Dem treten allerdings zwei Gründe entgegen, die nicht aus dem Verhältnis zum Dritten, wohl aber aus der Betrachtung des ganzen Verkehrslebens entspringen. 1. Wenn der Kommissionär kauft, so ist damit nicht gesagt, daß er gerade für den Kommittenten kauft, er kann auch für sich kaufen, um nachher als Selbstkontrahent einzutreten; möglicherweise kauft er ein viel größeres Quantum in der Absicht, zwar auch sein Kommissionsgeschäft zu erfüllen, im übrigen aber mit der Ware weiter zu spekulieren; oder er ist der Kommissionär mehrerer Personen und kauft ein Quantum, welches den mehreren oder einigen dieser mehreren Kommittenten dienen kann. Hier bricht sich der Satz des direkten Eigentumsüberganges an der Unbestimmtheit der Ver-

hältnisse. Man wird daher gut tun, einen direkten Eigentumsübergang nur dann anzunehmen, wenn es sich nicht um Gattungssachen, sondern um eine Spezies handelt: hier ist es sicher, daß der Kauf für den Kommittenten stattfindet oder doch für den Kommittenten stattfinden sollte, denn es wäre eine Verletzung der Kommissionspflicht, wenn der Kommissionär vorteilhafter für sich kaufen würde, um dann als Selbstkontrahent und Selbstverkäufer zu höheren Preisen aufzutreten — was hier auch darum meist ausgeschlossen sein wird, weil die Speziessache meist keinen Markt- oder Börsenpreis hat.

Dies gilt natürlich vor allem dann, wenn die Ware mit dem Gelde des Kommittenten bezahlt worden ist, ein Punkt, auf den die Rota Genuae besonderes Gewicht legt (a. a. O. S. 294): quando quis emit de pecunia domini, quia tunc actio saltem utilis etiam sine aliqua cessione domino quaeritur.

2. Gegen den unmittelbaren Uebergang bei Gattungssachen spricht noch ein zweiter Grund. Dem Kommissionär muß die Möglichkeit offen stehen, wenn er die empfangene Ware näher untersucht und sie nicht für erstklassig findet, von der Uebergabe an den Kommittenten abzusehen und neue Ware zu erwerben. Es wäre schlimm, wenn er in solchem Falle gebunden wäre und nur nach längerer Verhandlung mit dem Kommittenten die empfangene Ware mit anderer vertauschen dürfte. Der gutgläubigen Abwicklung der Lebensverhältnisse entspricht es nicht, wenn ihm in dieser Beziehung keine freie Hand bleibt.

Wir nehmen daher an, daß der unmittelbare Uebergang an den Einkaufskommittenten bei Spezieskäufen anzunehmen ist, nicht bei Gattungskäufen.

Interessant ist, daß diese ganze Frage schon bei den Islamjuristen ihre Erörterung gefunden hat, und zwar in folgender Weise. Während die Schafiiten annahmen, daß die Geschäfte des Kommissionärs direkt auf den Kommittenten wirken, so haben die Hanefiten die Anschauung festgehalten, daß der Kommissionär selbstberechtigt und selberverpflichtet ist; trotzdem aber haben wenigstens die späteren Hanefiten den Satz

aufgestellt, daß die Ware direkt auf den Einkaufskommittenten übergehe. Ich füge hier die Stelle in der englischen Uebersetzung (Hidaya III, 23, c. 1) bei:

The constituent, moreover, is the proprietor of the thing purchased through his agent, ab initio; in the same manner as when a slave accepts a gift or catches game or gathers fire-wood; in all which cases the master is proprietor of the gift, of the game, or of the firewood, ab initio, that is to say, the property is not held first to rest in the slave and then to shift from him.

Die Anschauung der Hanefiten wird auch anderwärts bestätigt[2]).

Ich hatte diesen Punkt schon in meiner Schrift: Moderne Rechtsfragen bei islamitischen Juristen S. 18 erwähnt und auf die obige Stelle der Hidaya hingewiesen. Wie man mich zu kritisieren pflegte, beweist eine Bemerkung von Ehrenberg in der Zeitschrift für Handelsrecht XXXIII, S. 599. Er erklärt, es gehe aus dem, was ich anführe, gar nicht hervor, ob das Wort „agent" überhaupt einen Kommissionär bedeute. Natürlich nicht, aber ich hatte bemerkt, daß die Stelle aus der Hidaya ist. Hätte der Kritiker seinerzeit nur einen Blick in die Hidaya geworfen oder mich nur darüber befragt, so hätte er sofort gesehen, daß der ganze Einwurf bodenlos ist. Späterhin habe ich, um derartige Einwendungen von vornherein zu entkräften, in meinen rechtsvergleichenden Forschungen S. 81 f. die ganze Stelle der Hidaya wiedergegeben, woraus sich von selbst ergibt, daß es gerade die Kommissionärfrage ist, welche die Islamiten behandeln. Wer die Geschichte des Handelsverkehrs pflegt, darf die Islamjuristen nicht beiseite lassen, und wer mich kritisiert, wenn ich eine Stelle der Hidaya wiedergebe, möge die Hidaya nachlesen.

Ich möchte dann auch eine Stelle aus Alamgir wiedergeben, die so aussieht, wie wenn die Schrift eines unserer Scholastiker mit dem Unterschied von Prokurator und Minister

---

[2]) Vgl. das Zitat von Kadri in dieser Zeitschr. XII, S. 32.

übersetzt wäre: Baillie, Digest of Moohummedan Law, London 1875, I, p. 75:

There are some contracts, such as sale, purchase and hiring, which an agent is under no necessity of referring to his principal, but may contract in his own name, and in these, the rights and obligations of the contract are the agent's in the same way as if he were the principal a stranger. There are other contracts, in which the agent is no more than a negotiator, and the principal himself must be referred to as the contracting party, and he alone is entitled to the rights and liable to the obligations of the contract.

§ 5.

Aus dem Gesagten ergibt es sich: der Kanon, daß der Stellvertreter direkt in das Vermögen des Geschäftsherrn wirkt, während sein Vermögen in keiner Weise dadurch beeinflußt wird und daß im Gegensatz dazu der Kommissionär nicht in das Vermögen des Kommittenten, sondern in sein eigenes Vermögen hineinwirkt, ist weder vollkommen richtig, noch reicht er aus, um die schwierigen Fragen der Materie zu beherrschen. Der sog. „Animus" der Parteien ist nicht das Entscheidende; ihre Erklärungen sind meist unbestimmt, zweifelhaft, ihre Absicht meist ungeklärt; sie wissen selten Bescheid, wenn man sie hintennach fragt, was sie gewollt und gemeint haben. Was maßgebend ist, das sind die Interessen des gutgläubigen Verkehrs und die damit verbundenen Erfordernisse der Gerechtigkeit. Auch das Surrogatsprinzip, wonach unter Umständen das Surrogat an Stelle der Ware oder des Geldes tritt und dem zukommt, von dem die hingegebene Sache herrührt, ist zwar im ganzen verkehrsunfähig, aber soweit es sich mit dem Verkehr verträgt, nicht bedeutungslos. In der Frage, ob der Verkaufskommittent einen direkten Anspruch gegen den kaufenden Dritten hat, ist wohl zu berücksichtigen, daß der Verkaufsanspruch aus der Ware des Kommittenten herrührt, und dies rechtfertigt den Aussonderungsanspruch im Konkurs des Kommissionärs von selbst; und auch in der Frage, ob die vom Einkaufskommissionär erworbene Ware dem Einkaufs-

kommittenten direkt zukommt, ist es nicht ohne Erheblichkeit, wenn die eingekaufte Ware mit dem Gelde des Kommittenten bezahlt worden ist.

Auf die Stellvertretung im Prozeß und insbesondere auch auf den Fall, daß die Partei die Vollmacht nach Beginn des Prozesses widerruft, der Richter aber von diesem Widerruf keine Kenntnis erhält oder keine Notiz nimmt und auf Erscheinen des Quasistellvertreters hin rechtskräftig entscheidet, werde ich anderwärts zurückkommen. Auch das ist eine der interessanten Fragen, welche wir den Scholastikern verdanken.

XIX.

Gewohnheitsrechtliches aus Bulgarien.

Von

Leo Barbar, Sofia (Bulgarien).

Literatur: S. S. Bobtschew, Sammlung bulgarischer juristischer Gebräuche. — Marinow, Žiwa Starina. Bulgarische Volksliedersammlungen von Schapkarew, Br. Miladinow u. anderen.

I.

Familie.

Die Familien leben in kleinen Wirtschaften. Die Wirtschaft besteht aus Mann, Frau und den ledigen Söhnen und Töchtern. Das Dienstgesinde gehört nicht zur Wirtschaft. Die Gesellen und Lehrlinge desgleichen. Nach einer Gewohnheit im Umkreise und Orte Achytschelebi (zwischen dem Rhodopegebirge und dem Oberlauf des Ardaflusses) ist alljährig am 5. Januar folgender Brauch bezeichnend. Am Abend dieses Tages wird in jedem Hause ein Kuchen gebacken, man betet vor dem Heiligenbild des Hauses und zerteilt dann den Kuchen in soviel Stücke, als Familienmitglieder im Hause sind. Dabei zählt man die Gesellen und das Dienstgesinde zu den „Aeußeren", „Auswärtigen", also nicht zu den Familiengenossen. Neues Haus bedeutet neue Familie. In manchen anderen Orten leben Familien auch in großen Wirtschaften. Dazu wird das Dienstgesinde nicht mitgerechnet. Das Haupt der Familie ist der Mann. In dieser Eigenschaft heißt er auch Wirtschaftsherr, Wirt. Die Frau nennt den Mann „Alter", der Mann die Frau Großmutter (Baba).

Die Frau bleibt an der Spitze der Familie in folgenden Fällen: a) wenn sie Witwe ist; b) wenn der Mann geisteskrank ist; c) wenn er abwesend ist. Das Familienoberhaupt wird nicht etwa gewählt, er ist es von Rechts wegen, selbst wenn er ein Säufer ist, oder faulenzt. Sollte der Vater beispielsweise erblinden und arbeitsunfähig werden, so regiert der Aelteste in der Familie. Der Wirt bleibt jedoch der Alte, solange er lebt. Der „Wirt“ der Familie kann auch ledig sein. Sprichwort: „Der Fisch beginnt vom Kopfe an zu stinken.“ In manchen Orten wird das Familienoberhaupt gewählt, und zwar durch die mündigen Familienglieder. Das Familienoberhaupt verdient und bringt ins Haus, die Wirtin sammelt alles ein und regelt die Hausarbeiten. Der Wirt fragt über alles die Gattin, was er fürs Haus einkaufen soll. Er ist sogar verpflichtet, seine erwachsenen Söhne zu fragen, was er für den Haushalt einkaufen soll. Will die Hausmutter einkaufen, so befragt sie die anderen Familienglieder. Der Vater übt die Strafgewalt über seine Kinder aus, nachdem er sich mit der Mutter beraten. Die Strafen sind: Verweis, Auszanken und einige Stunden ohne Nahrung lassen. In Dobritsch (Nordostbulgarien, im Umkreis von Warna) hat der Hausvater die Wirtschaft zu leiten. Er verteilt die Hausarbeit. Kleine Fehler werden seinerseits mit Verweis und Auszanken geahndet. Das Ausdemhausjagen ist selten und zwar im Falle großen Verschuldens. Im Dorfe Ewdschilere herrschte die Tradition, daß der Hausvater das Geld des Hauses in seinem Besitze hat, er hatte sogar das Recht, seine Kinder auf dem Markte zu verkaufen. Jetzt hat der Vater eine vollständige väterliche Gewalt über die Kinder, solange sie minderjährig sind. In der Umgegend der Stadt Elena (Tirnowaer Umkreis) hat der Hausvater nur ein beschränktes Recht, seine unbeweglichen Güter zu veräußern. Dieses Recht des Hausvaters ist begrenzt: 1. Durch den Leumund (Nachrede) der Mitbürger, die in jeder Veräußerung unbeweglicher Güter eine Schandtat und den Beginn der Auflösung des Hausstandes erblicken; 2. seitens

der Hausangehörigen, wenn diese großjährig sind, die fürs „Vatererbe" einzustehen bereit sind. „Wir werden es auf unsere Schultern nehmen und bezahlen, wenn eine Schuld zu tilgen ist", sagen die Söhne. In der Umgegend von Kasaulik ist die väterliche Gewalt ziemlich groß, solange die Söhne klein sind. Werden sie „groß", so beginnen sie, sich in alles zu mengen. Im Dorfe Maglisch hat der Hausvater folgende Pflichten: 1. die Mitglieder der Familie zu regieren; 2. die Bearbeitung der Güter zu besorgen und den Ertrag derselben einzusammeln; 3. das Bestrafen der Schuldigen und sogar das Erbrechtsentziehen vor dem Rate der Alten durch Testament; 4. das Verheiraten der Töchter und Söhne und deren Versorgen.

Die väterliche Gewalt endet mit dem Schwinden seiner Geistes- und Körperkräfte. Die Söhne und Töchter des Hauses sorgen um ihn. Die Söhne und Töchter sind nämlich verpflichtet, ihre alten Eltern zu ernähren, zu kleiden und zu unterstützen. Nach dem Tode des Hausvaters übernimmt die Hausmutter seine väterliche Gewalt. Stirbt der verwitwete Hausvater, so übernimmt seine Stelle der älteste Sohn. Heiratet der Sohn, so gründet er eine neue Wirtschaft. Die alte Wirtschaft führt entweder die Mutter oder der jüngere Sohn. Sind kleinere Geschwister vorhanden und leben die Eltern nicht mehr, so hat der verheiratete Sohn die alte Wirtschaft provisorisch fortzuführen, bis die kleineren Geschwister erwachsen sind. Das ist der sog. provisorische Wirtschaftsleiter. Doch gibt es Ortschaften (Dobritsch und Mussatlij), wo dieses Familieninstitut unbekannt ist. Solange der Vater lebt, kann ihm kein anderer die väterliche Gewalt streitig machen. Nach dem Tode des Hausvaters ist in manchen Orten ein Interregnum von 3—9 oder 40 Trauertagen. Der Haussohn kann keine Gewalt ausüben, weder seinem Hausvater, noch seiner Hausmutter gegenüber. Je älter der Haussohn wird, desto mehr wird er als „Mensch" angesehen. Bis zum 15. Lebensjahre ist der Haussohn unter väterlicher Gewalt. Nach

dem 15. Lebensjahre hat der Haussohn seinen eigenen Geldbeutel.

Der einzige Sohn arbeitet zeitlebens für seine Eltern und vice versa. Beim Ein- und Verkauf von Gütern (beweglichen und unbeweglichen), und wenn die Familie eines seiner Mitglieder in den Dienst gibt, so haben darüber die sog. Hausräte zu entscheiden. Dabei gebührt das entscheidende Votum dem Hausvater und der Hausmutter. Desgleichen Familienräte entscheiden bei Verlobungen der Haussöhne oder Haustöchter. Die Stimme des Haussohnes wird in den meisten Orten mit dem 18. Lebensjahre angehört. In den Familienversammlungen haben die Frauen kein Stimmrecht. Die Mädchen besitzen ein solches nur in Familienversammlungen und zwar bezüglich Frauenhausarbeiten. Folgende Rechtsparömien existieren im Orte Leskowetz (Tirnowaer Kreise): „Schau nach dem Verstande und schneide ihm den Kalpak zu.“ Kalpak bedeutet = Pelzmütze. „Hat er schon einen Schnurrbart, so lernt er nichts mehr.“ „Hat das Mädel Brüste, lernt es nichts mehr.“ „Frage nicht den Alten, sondern den Geprüften.“ „Der Verheiratete wird Mensch.“ „Vor allem frage ich meinen Hut, dann meine Frau“ — u. dgl.

Die Familienmitglieder können auch ihr eigenes Vermögen besitzen. Die Kinder werden von ihren Eltern beschenkt und zwar nicht nur mit Geldstücken, sondern auch mit Viehstücken. Bei Tisch essen alle Familienglieder. Der Tisch ist kaum 20 cm hoch und heißt Sofra. Den Hauptplatz nimmt bei Tisch der Vater ein, dann kommen der Reihe nach die anderen Familienmitglieder, nach Altersstufen. Ist ein Haussohn im Dienste, so bekommt der Vater seinen Lohn, falls der Sohn nicht das 15. Jahr erreicht hat. In anderen Orten, beispielsweise in der Stadt Dobritsch, gilt das Gegenteil: Die Familienglieder können kein Vermögen besitzen. Jeder Verdienst der Familienangehörigen gehört dem Hauswirte. Alles Vermögen gilt als gemeinsames Gut der Familie. Desgleichen ist das Familienvermögen in Makedonien, wo die ganze Familie in

Gemeinschaft lebt und alles dem Hausvater zugeführt wird. Der Hausvater ist in Makedonien Geldsackträger (Kessedor). Die Hausmutter kann indessen bewegliches oder unbewegliches Vermögen besitzen. Das Vermögen der Hausmutter kann von ihrem Vater oder von ihrer Mutter nach dem Tode der Eltern kommen, oder es können ihr die Sachen bei manchen Gelegenheiten von ihrem Manne gegeben sein, d. h. durch den Rechtsakt der Ueberschreibung. Der Vater kann der Frau ein Feld oder Wiese oder Wald schenken. Die Frau bekommt zum Eigentum alles, was ihr vom Bräutigam geschenkt wird, d. h. an Schmucksachen. Die Frau kann auch ihr eigenes Geld haben, das sie als Mädchen im Dienste sich erworben hat. Desgleichen besitzt die Frau zum vollen Eigentum das Geld, was ihr vom Vater oder Mann gegeben wird, damit sie es mit „ihrer Ehre versuche". Das Hausmädchen kann ebenfalls eigenes Vermögen besitzen, nämlich die Haustochter. In anderen Orten hat die Haustochter erst nach ihrer Verlobung ihr Eigentum. Die Hausarbeit zwischen den Frauen im Haus wird seitens der Hausmutter verteilt. Mit der Heirat des Sohnes wird er selbständiger Wirt im Sinne eines Familienvaters. Es gilt als Schande, wenn der verheiratete Sohn „kein Haus drehen kann" und „keinen Schornstein qualmend besitzt". In anderen Orten, wie Dobritsch und Mussatlij, teilen die Söhne ihr vererbtes Gut nach ihrer Geburt nicht. Sehr selten trennen sich die verheirateten Söhne von ihren Vätern. Das Volk beleumundet übel eine Trennung verheirateter Söhne von ihren Vätern; so in Dobritsch und Ewdschileri, Haskowo und Makedonien gilt es schlecht angeschrieben sein beim Volke, wenn eine Trennung der verheirateten Söhne von ihren Vätern erfolgt.

Die Steuer der Wirtschaft zahlt der Hausvater (Wirt). Vom 14. Jahre ab ist der Bursche in jedem Hause steuerfähig. In den Zeiten türkischer Herrschaft hatten die Söhne den Haratsch nur dann persönlich zu bezahlen, wenn sie ihre eigene Geldbörse führten — sonst der Vater. So in der Gegend und Stadt von Elena.

Das Volk unterscheidet zwischen Blutsverwandtschaft und Schwägerschaft. Die Gürtelzahl entscheidet die Verwandtschaftsnähe. Eine Person ist der erste Gürtel, deren Vater den zweiten Gürtel bildet. Die Mutter derselben Person bildet den dritten Gürtel — also den dritten Verwandtschaftsgrad. Dann geht man zur Schwägerschaft über. Nach Blutsverwandtschaft sind zwei Brüder im zweiten Gürtel verwandt. Die Cousins ersten Grades im vierten Gürtel, die Cousins zweiten Grades sind im sechsten Gürtel miteinander verwandt usw. In manchen Orten gilt die geistige Verwandtschaft bis zum dritten Grad, d. h. dritten Gürtel. In Elena und Umgebung unterscheidet das Volk Verwandte von männlicher Abstammung und solche von weiblicher — also Agnaten und Kognaten. In manchen Orten, z. B. in dem Dorfe Koprifschtitza, kennt sich das Volk in den Zahlen der Verwandschaftsgürtel nicht aus und wendet sich an den Geistlichen und den Bischof um Aufklärung. In der Stadt Leskowetz (Umgebung von Tirnowo) unterscheidet das Volk: Blutsverwandtschaft, geistige Verwandtschaft und Einkindschaft. Die Schwägerschaft wird schlechthin Verwandtschaft genannt.

In Makedonien existiert außer den hervorgehobenen Verwandschaftsarten noch die sog. Verbrüderung oder Verschwesterung, die nur noch in den Dörfern vorkommt, und die Adoptivverwandtschaft. Im Tatar Pasardschiker Umkreis nennt man die Schwägerschaft die natürliche Verwandtschaft.

In Makedonien geht die Verwandtschaft bis zum achten Gürtel, d. h. bis zum Cousin dritten Grades. Die Cousins dritten Grades können einander ehelichen. Die geistige Verwandtschaft umfaßt drei Gürtel. Die Taufpatenpflicht ist eine allgemeine Bürger- und Menschenpflicht. Von dem, der kein Kind tauft, wird gesagt, „er werde auf der anderen Welt Frösche in den Händen halten“. So daß jeder froh ist, wenn er Taufpate sein kann. Ein Bräutigam und Braut, die einen und denselben Taufpaten haben, dürfen einander nicht ehe-

lichen. Die Kinder des Taufpaten und das getaufte Kind können einander nicht heiraten, — desgleichen nicht mit den Kindern des Täuflings.

Die Verbrüderung geschieht in manchen Orten (z. B. Achy-Tschelebi, Haskowo u. a.) dadurch, daß zwei, die sich verbrüdern wollen, einander einen Finger an der Hand verwunden und so einer des anderen Blut leckt. Dadurch wird die Verbrüderung begründet. Dabei wird ein Schmaus veranstaltet. Die Verbrüderten hatten sich in älterer Zeit mit demselben Hosengürtel zu umgürten und zwar in Anwesenheit der Verwandten beider Verbrüderten. In neuerer Zeit hat dagegen die Kirche angekämpft. Die Verbrüderten haben einander gegenseitig beizustehen. Aehnlich wird unter Frauen die Verschwesterung vollzogen. Der Zweck der Verbrüderung ist in manchen Orten (z. B. Dobritsch) die gegenseitige Unterstützung der Junggesellen bei Ausfällen nach fremden Dörfern, bei der Brautschau und Brautwahl. Beim Raub einer Auserwählten helfen sich die Verbrüderten gegenseitig. Die Verwandten können sich nicht verbrüdern. In den meisten Orten besteht ein spezieller Tag im Jahre, an denen die Verbrüderungen stattfinden. Dieser Tag ist der heilige Johannestag. Diesen Tag machen die Junggesellen Blumensträuße aus ewig grünem Tschimschir. Am Strauß wird ein Stück roten Tuches angebunden mit einem Geldstück, man wählt dabei eine Goldmünze. Das rote Tuch bedeutet große Liebe, die die zu Verbrüdernden gegeneinander hegen. Vor dem Austausch der Sträuße (Buketts) werden 2—3 Zeugen zugezogen. Dabei wird geschmaust im Hause eines der sich Verbrüdernden, wo man ein Essen, bestehend aus einem Ferkel, Enten und Hühnern, verzehrt. Beim Gelage versprechen sich die sich Verbrüdernden eidlich, daß sie vom Moment an unzertrennlich brüderlich miteinander verbunden sind. Beide zerschneiden sich den Mittelfinger und lecken sich gegenseitig das Blut. Dadurch wird ihr Blut gemeinsam. Sie gehen zum Herd und betreten das Feuer, zum Zeichen, daß jeder sich für den anderen ins Feuer

werfen könne. Der eine küßt die Hand des anderen und beschmückt ihm den Hut (unter dem Kalpak), steckt ihm unter den Kalpak (Fellmütze) eine Blume, reicht ihm die Holzflasche mit Wein und es wird getrunken aufs Wohlsein der Verbrüderung. Die Zeugen werden mit Tüchern beschenkt und so wird umhergezogen, es werden Bekannte und Verwandte besucht, es wird getanzt usw. Es ist eine Sünde, den Verbrüderten beim Namen zu nennen.

Aehnlich wird auch die Verschwesterung gefeiert[1]).

Der zum Paten Gewählte kommt ins Haus seines zu Trauenden. Am Rücken trägt der Pate in manchen Orten einen Sack mit Kleidern für den Bräutigam und Spielzeuge für ein Kind. In der Hand hat er ein Weinfläschchen. Alle begrüßen ihn mit Handkuß. Der Bräutigam zieht die ihm mitgebrachten Kleidungsstücke an und übergibt die Spielzeuge seiner Braut. Diese Boten nehmen eine Flasche Schnaps und betreten mit den rechten Füßen den Hof der Braut. Nachdem man gegenseitig gezecht, werden die Boten des Burschen beschenkt und zwar mit weißen Schnupftüchern, wobei der Tag der Verlobung bestimmt wird, und die Boten verlassen das Haus. Diese Boten des Burschen heißen im Achy Tschelebi (Nordmakedonien zwischen dem Rhodope und dem Oberlaufe der Arda) — Momare. Am bestimmten Tag der Verlobung erscheinen in der Familie der Braut die Eltern des Burschen mit Gästen und Nachbarn. Die Mutter des zukünftigen Bräutigams überreicht ein neues Schnupftuch mit einem Ring, Weizen und einen kleinen Spiegel. Das nennt man ein Zeichen (Nischan). Dadurch wird die Verlobung geschlossen, worauf sich die Familien gegenseitig beschenken. In einigen Wochen nach der Verlobung bekommt die Braut Brautgeschenke und zwar Schmucksachen aus Silber.

Es gibt auch eine Art Verbrüderung in der Kirche.

---

[1]) In Achy Tschelebi — d. h. zwischen dem Rhodopegebirge in dem Oberlaufe des Ardaflusses, eines Nebenflusses der Maritza.

Ein alter Vater oder eine Mutter und jedes Kind, das zuerst in der Kirche erscheint, wird mit dem Kinde des alten Vaters oder Mutter verbrüdert. Dabei liest der Pfarrer ein Gebet und das zweite Kind verbleibt bei seinen bisherigen Eltern. Diese Art der Verbrüderung geschieht nur formell. Es kommen auch Verbrüderungen ganzer Familien vor, wie beispielsweise in Lesskowetz[2]). Die Verbrüderungen im Umkreise von Stara-Zagora geschehen vor dem Geistlichen ohne Blutlecken. Dabei wird den Verbrüderten ausdrücklich ans Herz gelegt, daß sie ihre Kinder, die sie dereinst haben werden, untereinander nicht verheiraten dürfen. In verschiedenen Orten geht das Verfahren der Verbrüderung verschiedenartig vor sich.

Das Heiraten unter Verwandten ist verpönt. Man glaubt, daß derlei Ehen nicht glückbringend sind. Man glaubt ferner, daß die Kinder aus Ehen unter Verwandten sterben. Die Verwandtenehen sind sündhaft. In Lesskowetz wird das Lied vom Volke auf dem Lande gesungen:

„Tiefes Wasser hat kein Ufer,
Schönes Mädel hat kein Geschlecht"

d. h., um ein schönes Mädel kann auch ein Verwandter werben.

Die Verwandten leben unter sich in Zucht und Ehren. Man hilft sich gegenseitig, man besucht sich. Bei Fastenzeit vor Ostern gehen die jüngeren Verwandten zu den älteren und bitten um Verzeihung. Wo keine Verwandten da sind, werden Nachbarn zugezogen, um den Beginn der Fastenzeit mitzumachen. So in Achy-Tschelebi, wo man sich folgendermaßen zu fragen pflegt: Wer ist denn dein Bruder? — Der Nachbar.

Der Beginn der Fastenzeit ist die Zeit, wo sich die Ver-

[2]) Lesskowetz ist ein Städtchen im Umkreise von Tirnowo (Bulgarien). — [Also ein Pelaverband. — Kohler.]

wandten gegenseitig mögliche Uebeltaten, erlittenes Unrecht verzeihen. Alle Verwandten haben in vielen Orten Bulgariens einen gemeinsamen Namen.

II.

Verlobung und Trauung.

In manchen Orten sind die alten Jungfrauen in der Mehrzahl und zwar aus folgenden Gründen:

a) aus ökonomischen Gründen, die die Manneskräfte mehr in Anspruch nehmen als die weiblichen;

b) die Männer verlassen die Heimat, um im Laufe des Jahres im Auslande ihr Fortkommen zu fristen. Im fremden Lande verderben an Krankheiten und sterben viele Burschen im Alter von 10—18 Jahren. Das vermehrt die Zahl der Sterbefälle unter der männlichen Bevölkerung.

c) Im Auslande lebt der bulgarische Bauer einfach und sparsam, um noch etwas nach Hause bringen zu können.

Im Achy Tschelebi leben sog. Ochrianen, d. h. Bulgaren, die dem Islam huldigen. Bei diesen, dem türkischen Glauben Zugewandten ist die Frauenwelt in der Mehrzahl, weil die Männer beim türkischen Militär dienen müssen und meistens in heißen Ländern abdienen müssen. Stirbt ein Mann unverheiratet, so wird er bedauert, „jung und grün gestorben zu sein". So im Dorfe Ewdschileri. In der Umgegend von Kasanlik wird das Hagestolzsein verpönt. Die wenigen, die nicht heiraten, gehen ins Kloster, und das Volk glaubt, daß sie das Himmelreich erwerben.

Heiratsmotive bei der männlichen Jugend sind wirtschaftliche Motive und die traditionelle Anhänglichkeit an das Familienleben. Als drittes Heiratsmotiv ist die Volksmoral hervorzuheben. Jede außereheliche Verbindung wird in Achy-Tschelebi verpönt. Die Braut muß aus gutem Hause herstammen. In die Wahl der Frau mengen sich die Eltern des Bräutigames nicht. Die Braut muß arbeitsam sein. Der

Bräutigam soll kein Säufer sein. Die Braut soll in der Arbeit elastisch, geschäftig sein. Manche wollen, daß die Braut auch reich sei und von gutem Hause. „Wenn du einen kleinen Hund nimmst, schau auf seine Rasse." Gute Erziehung der Braut wird in Koprifschtitza besonders bevorzugt. In Rustschuk soll die Braut möglichst massiv, großgewachsen und arbeitsam sein. Es herrscht daselbst der Brauch, daß sich Haustöchter ihres Erbteiles begeben, und zwar zugunsten ihrer Brüder. So kommt es, daß viele arme Mädchen reiche Partien machen. In Stara-Zagora gilt die Rechtsparömie: „Ist die Frau wirtschaftlich, das andere wird sich schon machen!"

Es wird dem Junggesellen übel genommen, wenn er sich eine Frau von einem anderen Dorfe nimmt. Das geschieht in den Fällen: 1. wo der Junggeselle keine Frau im Dorfe findet und 2. wenn alle im Dorfe lauter Verwandte des Junggesellen sind. Das Volkslied bedauert die im fernen Auslande verstorbene junge Frau. „Im fernen Land, bei fremden Leuten starb die Tochter Alena."

„Nimm keinen fremden Bauernsohn", ermahnt das Volkslied die Mädchenwelt, da es schwer sei, ihre Mütter aus der Fremde zu besuchen. Die Tochter verflucht die Eltern, die sie in ein fremdes Dorf verehelichten.

Die Heirat mit einem Andersgläubigen ist ganz ausgeschlossen. Es kamen Fälle vor, wo der Mann Türke wurde und die Frau Christin blieb. Diejenigen Bulgaren, die den Islam annahmen, nennt man Achtjaren. Wollte ein Achtjare eine Christin ehelichen, so nahm eine derartige Ehe ein schlechtes Ende. Entweder entstand dadurch ein Selbstmord, oder es flüchteten sich die Brüder der christlichen Braut in die Berge und Wälder und nahmen an den Abtrünnigen Rache. Das Heiraten eines Andersgläubigen gilt als Rechtsverletzung. Auf den Geburtsort des Bräutigames oder der Braut, ob sie vom selben Dorfe sind oder nicht, kommt es nicht an. In Makedonien kommen Mischehen zwischen Bulgaren und Türken selten vor. Es kommen nur Raubehen unter Türken und

Christinnen vor. Es gibt jedoch Fälle, wo ein Türke, der eine Christin heiratet, ihr volle Konfessionsfreiheit gibt. In der Umgegend von Rustschuk werden die Ehen unter Bräuten nur desselben Dorfes geschlossen. Die Donaubulgaren aus Rustschuk betrachten die Balkanbulgaren als Personen anderen Glaubens, d. h. als Andersgläubige, und da kommen selten rechtmäßige Ehen zustande. Nie geschieht das Umgekehrte, daß nämlich ein Türke Christ wird und eine Christin eheliche. Die Braut wird ausersehen auf dem Chorotanz oder in sog. Nachtunterhaltungen (Sedenki) — Abendspaziergängen und Unterhaltungen. Bei solchen Unterhaltungen erscheinen die Mädchen mit Handarbeiten (Spindeln usw.), und die Nachbarburschen kommen mit ihren Verbrüderten und unterhalten die Zukünftigen ihres Herzens. Eine dritte Gelegenheit zur Brautschau ergibt sich bei der Rückkehr vom Brunnen, wo die Haustöchter hinkommen, um die Kessel und Krüge mit Wasser zu füllen. In Makedonien geschieht das Auswählen der Braut und das Verloben im geheimen. In Rustschuk geschieht die Verlobung folgendermaßen. Seitens des zu verlobenden Haussohnes erscheinen im Hause der zukünftigen Braut zwei Frauen. Sie setzen sich am Herd nieder und rösten am Feuer zwei Stangen, indem sie dabei wiederholen: „Wie diese Stangen brennen, so sollen die Herzen der Jungen erglühen." „Wir sind seitens des jungen X. X. geschickt, um die Hand der Haustochter zu erwirken." „Werdet ihr uns das Mädchen geben?" fragen die Frauen. Das erste Mal wird die Hausmutter ausweichend antworten; dann wiederholen sich die Besuche der zwei Frauen so lange, bis die Mutter der Auserwählten zustimmt, worauf dann die Männerdelegierten im Hause der zukünftigen Braut erscheinen. Dieselben haben die Angelegenheit mit dem Vater des Mädchens zu besprechen. Es wird sonach ein Kauf um die Braut abgeschlossen. Die Delegierten des Bräutigams schlagen einen Preis vor, und der Vater verlangt einen Preis von etwa 100—200 Groschen (Vaterrecht), ein Maß Mehl, 5—10 Eimer Wein, 6—10 Okas Schnaps,

5—10 Okas Fische, 10—20 Okas Bohnen als Entgelt. Ferner gibt man allen Hausangehörigen und den nächsten Verwandten: Schuhe, Stiefel für die Burschen, Pelze, Oberkleider und der Schwiegermutter einen langen Pelz (Suft genannt), alles im Werte von 1000—1500 Groschen. Ist der Vertrag geschlossen, so wird die Braut vorgerufen. Sie küßt den Werbern die Hand und übergibt ihnen ein Tüchlein mit der Bitte, es ihrem Zukünftigen einzuhändigen. Die Werber geben der so gekauften Braut eine Gold- oder Silbermünze und gehen nach Hause. So in der Umgegend von Rustschuk.

XX.

Das Adatrecht auf Java.

Von

Josef Kohler.

§ 1.

Die niederländische Kommission für die Sammlung des Adat hat eine große Reihe von Erscheinungen des malaiischen Rechtslebens festgestellt. Wenn auch die Ergebnisse nicht so reichhaltig sind, wie wir es gewünscht hätten — sie wären reichhaltiger, hätte man etwa den deutschen Fragebogen zugrunde gelegt — so haben wir doch eine Fülle von Material erlangt, das bis jetzt (allerdings ganz unverarbeitet) in fünf Adatrechtsbundels vorliegt.

Hier sollen die wichtigsten Ergebnisse, soweit sie sich auf Java erstrecken, dargelegt werden. Natürlich ist nicht alles neu, und vieles deckt sich mit dem, was ich früher in dieser Zeitschrift dargestellt habe. Aber auch hier werden wir sehr gefördert, einmal durch viele Einzelheiten, sodann dadurch, daß wir erfahren, welche Institute in allen ihren Sonderlichkeiten allüberall bei den verschiedenen Stämmen und Gruppen gelten.

Wir beziehen uns auf das Material in Bd. II und IV.

§ 2.

Die Ergebnisse für das Familienrecht sind auffallend schmal und dürftig. Wir finden die Kinderverlobung bestätigt: Mädchen werden im Alter von 7—10, Knaben im

Alter von 14—15 Jahren verlobt, IV, 166—171. Der Grund ist nicht etwa bloß der, das Mädchen der allgemeinen Libertinage zu entziehen, sondern es wirkt ein im Güterrecht liegendes wirtschaftliches Moment mit. Der Jüngling zieht in das Haus seiner Schwiegereltern und arbeitet hier wie ein Familienmitglied: er ist hier eine Arbeitsperson mehr, IV, 167 und 180. Im übrigen wird das Mutterrecht bestätigt; darauf zielt auch die Parömie hin: der Stier folgt der Kuh, IV, 521.

Aus Mitteljava wird uns auch erzählt, daß die Familie des Bräutigams der Familie der Braut Geschenke macht, sog. tukon, und daß beide Familien dadurch in ein Verhältnis treten, welches mit besan benannt wird, IV, 554 und 611. Anderseits wird uns aber gesagt, daß die Verlobung meist von der Familie des Mädchens ausgeht, IV, 180.

Der allgemeine Wille ist, daß die Heirat innerhalb der Gemeinde erfolgt: eine Frau, die sich außerhalb der desa verheiratet, hat in Ostjava eine Straf- oder Auskaufssumme zu entrichten, das planka wates, IV, 577.

Die Vielweiberei ist gestattet, entsprechend dem Islam. Sie soll sogar zunehmen, was wohl mit dem wachsenden Reichtum zusammenhängt, da natürlich nur der Wohlhabende sich diesen Luxus erlauben kann; und daß man vielfach eine zweite Frau nimmt, wenn die erste alt wird, ist eine auch sonst häufige Erscheinung, IV, 177—178.

Von den Heiratsformen wird uns wenig erzählt; auf eine mystische Auffassung der Ehe deutet das Pflanzen von Heiratsbäumen, II, 95.

Daß die Malaien die Errungenschaftsgemeinschaft haben, und zwar zu zwei Drittel (Ehemann) und ein Drittel (Ehefrau), ist bekannt und wird für Ostjava besonders bestätigt. Die Errungenschaft ist das barang ganagini, und es wird uns die weitere Erscheinung erwähnt, daß beim Tod der Frau ihr Drittel dem Manne zuwächst, IV, 612.

Der talak, die einseitige Ehescheidung durch den

Ehemann, wird natürlich auch auf Java geübt, denn er liegt in den Grundfesten des Islam begründet. Auch kommt es hier vor, daß der Mann die Frau bedingt verstößt: wenn er nämlich verreist, tut er es für den Fall, daß er in bestimmter Zeit nicht zurückkommt und die Frau dann die Lösung der Ehe will. So wird der Frau des Verschollenen die Wiederverheiratung ermöglicht, I, 202 (Bericht von Snouck Hurgronje).

Die Adoption konnte durch den Islam nicht vollständig verdrängt werden. Sie wird uns aus Ostjava erwähnt: das Adoptivkind steht oftmals in der Beerbung dem ehelichen gleich, oft aber bekommt es nur ein Drittel, und wenn es sich ungehorsam erweist, so bekommt es gar nichts: mit anderen Worten, dann löst sich die Adoption von selbst auf, IV, 612.

Die Mundwaltschaft ist dürftig entwickelt; für das Vermögen der Waisen wird nicht gesorgt. Meist ist es ein Mitglied der Familie, welches die Habe des Mündels an sich nimmt, oder eine andere Person, welche durch den Priesterrat bestimmt wird. Sehr häufig wird dabei das Mündelgeld veruntreut und verschwindet auf Nimmerwiedersehen, II, 182.

Die Erbschaftsverhältnisse sind wenig geordnet; manchmal teilt der Vater noch zu Lebzeit ab. Schenkt er einem Kind etwas, so wird das Geschenk perfekt mit der Uebergabe, II, 190—192. Das Landeigentum kommt, wo Vaterrecht gilt, an den Sohn, aber auch an den Schwiegersohn, IV, 524.

§ 3.

Viel reicher sind die Mitteilungen über die Vermögens-, namentlich die Landverhältnisse. Es ergibt sich aus diesen Zusammenstellungen klar, daß das Recht am Grund und Boden von kommunalen Verhältnissen ausging, und daß es teilweise heute noch in kommunistischer Weise gestaltet, teilweise aber in das individuelle Eigentum übergegangen ist. Der Uebergang hat sich in den bekannten zwei Formen vollzogen: 1. Das Land wird unter die Familien zur Kultur

verteilt, so daß der Landbau und die Ernte individuell oder doch mindestens familienrechtlich ist; die Verteilung aber geschieht unter Vorbehalt der Wiederverteilung, die entweder jahrweise oder in längeren Perioden stattfindet. Später hört die Wiederverteilung auf, und die Anteile werden fest. Der Besitz wird der sog. sanggeman-Besitz. Aber auch bei dieser festen Abteilung ist die Stufe des Privateigentums noch nicht erreicht. Die Gemeinschaftlichkeit zeigt sich trotzdem in der Anlage von Einrichtungen, welche für alle Beteiligten bedeutsam sind, sie zeigt sich auch darin, daß, wenn ein Anteilsberechtigter die Gemeinde verläßt, sein Anteil der Gemeinde zuwächst; sie zeigt sich darin, daß das Land, soweit es der einzelne nicht braucht, der Gesamtheit preisgegeben werden muß, weshalb das Ackerfeld nach der Ernte der gemeinsamen Weide untersteht; sie zeigt sich ferner darin, daß man einen Ausmärker nicht zuläßt, weshalb sich vielfach der Schleichweg gebildet hat, daß ein solcher mit Hilfe eines Treuhänders ein Stück Land erwirbt, IV, 440; die weitere Folge, welche wir aus dem indischen Recht kennen, daß, wenn das zugewiesene Land durch ein Naturereignis weggespült wird, der Beteiligte dafür ein anderes Landstück verlangen kann, finde ich nicht erwähnt; aber sie ist wohl auch hier anzunehmen. Man sieht also: von dem System des festen Anteils bis zu dem Individualeigentum ist noch ein Schritt; aber dieser wird vielfach gemacht. Das Individualeigentum ist das Jasan-Eigentum.

Für diese ganze Entwicklung finden wir zahlreiche Nachweise in II, 11, II, 83 und 101, II, 233; in Madura soll das Land so ziemlich alles erblich besessen werden, II, 237. Auch die Berichte über Wassereinrichtungen und gemeinsame Wasserrechte sind zahlreich, II, 89, II, 227. Bemerkenswert ist, daß früher auch die Feldgraswirtschaft (die Jumkultur), hier Humabau genannt, öfters vorkam: eine oder mehrere Familien (meistens geschah es genossenschaftlich) reuteten einen Wald aus, pflanzten darein und bebauten das Land einige Jahre lang bis zur Erschöpfung des Bodens; dann zog man weiter. Dies

führte allmählich zur Waldzerstörung und ist später durch die Regierung verboten worden, II, 12, II, 83 und 105.

Die zweite Art der Entwicklung kennzeichnet sich durch das Akuanverhältnis. Ist nämlich in der Gemeinde noch wüstes Land vorhanden, so kann jeder beim Gemeindehaupt sich anmelden und darf dann dieses Land bebauen; solange er es tut, kann er nicht verdrängt werden; verläßt er aber das Land, dann fällt es an die Gemeinde zurück, II, 181—183. Dies ist also noch kein Eigentum, sondern ein fester Anteil; aber auch hier wird oft der weitere Schritt zum Individualeigentum gemacht, indem man das Land dem Bebauer nicht nimmt, auch wenn er die Kultur (eine Zeitlang) unterläßt; und wenn er nun weiter noch sein Stück veräußern darf, so ist von einem solchen Rückfall keine Rede mehr.

Noch ist zu bemerken, daß neben dem gemeinsamen oder individuellen Privatland Amtsland vorhanden ist, welches dem Dorfhaupt oder den Gemeindebeamten für ihre Tätigkeit zum Amtslehen gegeben wird, natürlich nur so lange, als sie im Dienste sind; zur Strafe kann es ihnen ganz oder teilweise entzogen werden, II, 104, IV, 578.

Nach der Ernte ist das Bauland bis zur Wiederbestellung gemeinschaftliches Weideland: das entspricht, wie bemerkt, dem alten Gemeinschaftsgedanken; daneben gibt es aber auch gewöhnlich noch eigene feste Weidegründe, auf welche das Vieh durch den Hirten getrieben wird, II, 15, II, 109, IV, 574.

Daß übrigens auch schon in der indischen Zeit Privateigentum bestand, beweist eine von Kern erwähnte Landschenkung auf einer Kupferplatte aus dem Jahre 966 n. Chr., I, 198.

Schon der feste Anteil beim Kommunalland, der sanggeman, kann verpfändet, ja nach manchen Gebräuchen sogar veräußert werden, II, 84 und 100. Daß die Veräußerung ein Hauptförderungsmittel des Individualeigentums gewesen ist, wurde bereits oben erwähnt. Allerdings steht ihr häufig der Gedanke entgegen, daß es eine Schande sei, sein

Landgrundstück wegzugeben, IV, 273. Aber man veräußert es doch, jedoch bedient man sich dabei einer anderen Form, nämlich der Verpfändung mit nachfolgendem Uebergang des Eigentums: auf diese Weise schwindet das Eigentum allmählich. Von der Veräußerung wird uns übrigens, ebenso wie von der Verpfändung, gesagt, daß sie dem Gemeindehaupt mitzuteilen und von diesem in ein Register einzutragen sei, II, 58, IV, 279, 280, 591.

Eine vorbehaltlose Veräußerung, die hienach selten ist, heißt djual mutlak oder djual lepas, II, 60.

Die Verpfändung ist regelmäßig antichretisch, IV, 276, IV, 615.

Aber auch die eigentliche Antichrese vermeidet man und wählt dafür den Kauf auf Wiederkauf. Bekannt ist, daß schon im deutschen Rechte beide Formen durcheinanderlaufen und häufig miteinander verwechselt werden. Hier aber ist die Verwechslung chronisch: sie wird beabsichtigt; denn dem frommen Mohammedaner gilt die Antichrese ebenso als ein Verstoß gegen das Zinsverbot wie dem Kanonisten des Mittelalters. Gegen den Kauf auf Wiederkauf aber konnte auch der Orthodoxe nichts einwenden: wenn jemand Land zu 100 verkauft und sich das Recht vorbehält, es zu 150 zurückzukaufen, so sind dies eben zwei erlaubte Verkäufe, die nicht dadurch unsittlich werden, daß man sie miteinander verbindet! Daher ist kein Geschäft häufiger als dieses. Es ist das djual akad. Natürlich kann es ebenfalls sehr bedränglich sein. Noch wucherischer wirkt es, wenn die Klausel beigefügt ist, daß das Recht des Wiederkaufs nach einiger Zeit erlischt, also das Pfand verfällt. Dann spricht man von einem djual gade oder einem djual beuli, II, 61, II, 243, II, 279, 283, IV, 393, 397.

Begreiflich ist es, daß dem Kapitalisten der sofortige Wiederkauf unliebsam wäre: man muß ihm eine Ernte oder an anderen Orten sogar zwei Ernten gestatten, II, 62, IV, 277 und 280, IV, 614. Häufig hintertreibt er auch den

Wiederkauf und bleibt dann im Besitz der Sache für immer, IV, 277.

Wie sehr hierbei das Zinsverbot umgangen wird, zeigt sich noch drastischer in folgendem: es wäre für den Geldsucher verderblich, wenn er durch dieses djual akad oder djual gade sofort der bisherigen Erwerbsmittel entblößt würde; man läßt ihn darum auf Grund und Boden sitzen, er bleibt, aber als Pächter: er zahlt nicht einen Kapitalzins, aber einen Pachtzins, II, 62! Noch häufiger bleibt er als Teilpächter und teilt dann das Erträgnis mit dem Kapitalisten, II, 61, IV, 273. Auch bei Wohnhäusern kommt die Kombination mit der Miete vor: der Geldbedürftige bleibt wohnen und zahlt nicht einen Kapitalzins, aber einen Mietzins, IV, 393!

Natürlich wird auf solche Weise ein ganz maßloser Wucher getrieben. Denn das Zinsverbot, das die Menschheit von selber auf derartige Schleichwege führt, bringt es oft mit sich, daß Umgehungen in unbegrenzter Weise geübt werden: man verliert hier alles Maß, man verliert Diskretion und Anstand, es fehlt an jedem Gefühl für den wirtschaftlichen Gleichwert; es besteht nicht der geringste Schutz und nicht die geringste gesetzliche Fürsorge; und die Lage des Schuldners wird noch weiter dadurch bedrückt, daß er nicht nur den Pacht- oder Mietzins zu zahlen, sondern auch noch persönliche Dienste zu leisten hat. Der Wucher erstreckt sich also bis auf die Arbeitskraft des Schuldners, II, 71, IV, 408.

Auch der contractus mohatrae, der Haupttypus des Umgehungsgeschäftes, kommt vor. Hat der Geldbedürftige nichts zu verkaufen, so verkauft ihm der Kapitalist einen Gegenstand auf Kredit und kauft ihn sofort gegen bar zurück. Er gibt ihm auf diese Weise etwa 25 und bekommt nach 3 Monaten 35. Der Zins der 3 Monate beträgt 40 %, also im Jahre 160 %!

Alles ist um so schlimmer, als die Darlehen meist konsumptiver Art sind; vor allem sind es Hochzeitsfeierlichkeiten, Leichenschmäuse mit ihrem Luxus, welche die Leute auf

solche Weise um Hab und Gut bringen, IV, 394. Aber auch die Kosten der Mekkafahrt greifen ein, nicht nur, wenn man selbst nach Mekka pilgert, sondern namentlich auch, wenn man einen anderen auf seine Kosten als Stellvertreter nach Mekka schickt, IV, 482 und 484.

Besonders verbreitet ist der Wucher mit dem Saatkorn: der Bauer, der kein Saatkorn mehr hat, muß es leihen, und zahlt nach der Ernte, also etwa nach 5—6 Monaten, mit einer Verzinsung von 100 %, ja noch reichlicher zurück, II, 29, II, 69, II, 132, II, 250, IV, 525.

Natürlich wird auch dieses verhüllt, und zwar wiederum in einer den Geldsucher benachteiligenden Weise: das Darlehen wird zum Kauf der Ernte, zum tebasan. Der Geldsucher verkauft dem Kapitalisten die Ernte in der Art, daß er sie ihm zu einer bestimmten Summe unter dem Preis zur Verfügung stellt, wobei dann das Saatkorn abgezogen wird, II, 128, IV, 392, IV, 404—407, IV, 565; man spricht hier auch von idjon-Vertrag, II, 137.

Wie in Babylon, wird auch hier die Leihe vielfach verhüllt durch den Arbeitsvertrag. Der Geldbedürftige bekommt die Summe als antizipierten Arbeitslohn vorausbezahlt: die Arbeit, d. h. die Abarbeitung der Summe, muß nachfolgen, IV, 396 und 399. Aber auch die Pacht unter Vorausbezahlung des Pachtzinses ist oft nur eine verhüllte Leihe, das sog. djual tutung: der Kapitalist gibt die Summe und erhält dafür eine Reihe von Jahren den Pachtgenuß des Grundstückes, II, 63 und 66. Der Vertrag kann auch als Totsatzung verstanden werden.

Auch Fruchtbäume werden in Antichrese gegeben, II, 68; bewegliche Sachen versetzt man als Faustpfand, gade, II, 62 und 130, und die verpfändete Fahrnis wird bei Nichtzahlung verkauft, IV, 438. Allerdings steht der Verpfändung von Landbaugeräten ein (gütiger) Aberglaube entgegen, II, 28.

§ 4.

Auch über das Schuldrecht bekommen wir einige wichtige Mitteilungen; so wird z. B. der Vertrag erst bindend, wenn ein Handgeld, pandjer, bezahlt wird, IV, 389, 390. Vom verhüllten Zinsdarlehen ist bereits die Rede gewesen. Aber auch zinsloses Darlehen unter Gemeindegenossen findet statt, IV, 402. Natürlich steht das Zinsverbot einer jeden geregelten Geldanlage in unserem Sinne entgegen, und die von der niederländischen Regierung eingeführten Postsparkassen werden kaum benützt, IV, 498, 501.

Pachtverhältnisse sind sehr häufig. Denn es gibt viele Großgrundbesitzer, welche ihren Boden nicht allein bebauen können und daher zum Pachtvertrag gedrängt sind, sei es zur Zins-, sei es zur Teilpacht. Auch Unterpacht kommt vor, IV, 290, 295.

Man verpachtet Landgrundstücke, aber auch Fischweiher u. dgl., IV, 291.

Der Pachtzins wird meist in Naturalien bezahlt, wozu auch noch Arbeitsdienste kommen, II, 75, IV, 291—298.

Die Zinspacht überwälzt natürlich auf den Pächter Vorteil und Risiko der guten und schlechten Ernte, II, 75; anders der Teilbau, maro, maparo: die Beteiligung hierbei ist verschieden, je nachdem der Eigentümer Saatkorn leistet oder nicht, und je nachdem der Eigentümer oder der Pächter oder beide zusammen die Lasten tragen; bei gleicher Lastverteilung ist eine Teilung von halb und halb die Regel, sonst zu ein Drittel und zwei Drittel, II, 20, 21, 76, 117. Auch hier kommen Dienste vor, z. B., daß der Pächter je einen Tag im Monat für den Verpächter arbeiten muß, II, 76.

In II, 67 scheint unter dem Titel ngadon tamah eine Art Neubruchspacht verstanden zu sein, die natürlich einige Jahre dauern muß, bis das Land ertragsfähig und die Pacht vorteilhaft wird.

Auch Erbpacht mit einem laudemium bei Wechsel des Pächters wird erwähnt, IV, 573.

Der Arbeitsvertrag hat sich bei den Völkern erst allmählich entwickelt; denn, solange die Verhältnisse kommunal waren, half man sich bei der Landarbeit wechselseitig aus; das kommt auch jetzt noch vielfach vor, sambat sinambat, II, 74, II, 274, II, 268, IV, 506. Doch bei stärkerer Individualisierung genügt dies nicht, und man hat bezahlte Hilfskräfte nötig, oft in der Art, daß der Helfer einen Teil der Ernte bekommt, oft auch gegen festbestimmte Vergütung, II, 39, II, 143, IV, 444. In gleicher Weise kommt Mietaushilfe mit Pflugvieh vor, II, 42, II, 157, IV, 613. Ein uralter Arbeitsvertrag ist der mit dem Hirten auf der Weide; auch er findet sich hier, II, 48. Aber auch im Hause und im Handel gibt es Arbeitsverträge, so z. B. zur Lastbeförderung, IV, 454.

Der Kommissionshandel erfolgt gewöhnlich in der Gestalt des ngeber, was wir contractus aestimatorius nennen, d. h. der Kommissionär verkauft oder kauft unter Einhaltung eines bestimmten Limito, aber in der Art, daß, wenn dabei ein günstigeres Resultat als das Limito herauskommt, dieses ihm gehört und ihm verbleibt. Außerdem bekommt er noch vielfach eine Provision. Im Viehhandel heißt ein solcher Kommissionär belantik oder auch njenteng, II, 169 und 170, IV, 355, IV, 451.

Auch die commenda, d. h. der Vertrag zwischen dem Kapitalisten und dem Handeltreibenden zu ein halb und halb, wird erwähnt, das sog. maparo bati, IV, 453.

Gesellschaftsverträge gibt es bei Kauf und Verkaufspekulationen, indem der eine die Käufe, der andere die Verkäufe besorgt, IV, 487. Besonders häufig aber sind sie bei der Fischerei, wo der Gewinn unter den Schiffseigentümer und die Fischer, und zwar unter diese nach bestimmter Abstufung, verteilt wird, IV, 490.

Auch die Viehverstellung unter Verteilung der Jungen wird erwähnt, IV, 613.

Eine geordnete Buchführung im Handel ist nicht in Gebrauch, man pflegt sich nur kurze Notizen zu machen, IV, 336.

§ 5.

Schließlich sei erwähnt, daß nicht selten Gemeindearbeit als Strafe auferlegt wird, z. B. für verbotenes Spiel 12 Tage Arbeit, IV, 580 und 590, und daß gegen den nichtzahlenden Schuldner eine regelmäßige Vermögensexekution stattfindet; reicht diese nicht aus, so wird die Summenschuld in Gefängnisstrafe verwandelt, z. B. 1 Monat Gefängnis für 50 Gulden, IV, 554, 565 und 569.

Die Analogien zur deutschrechtlichen und zur mittelalterlichen Entwicklung ergeben sich von selber. Auch hier zeigt sich, daß die Gleichartigkeit der wirtschaftlichen Verhältnisse zu gleichartigen Rechtserscheinungen führt, und daß die Entwicklung des Rechts nach gewissen Typen stattfindet, die sich zwar im einzelnen außerordentlich wandeln, aber im großen und ganzen in ziemlich enge Kreise gebannt sind. Die Behauptung, daß eine Universalrechtsgeschichte keine gemeinsamen Züge aufweise, welche einer wissenschaftlichen Betrachtung zugänglich seien, beruht auf völliger Mißkennung der Rechtsgeschichte der Völker.

Literaturübersicht.

Besprechungen

von **Josef Kohler.**

Jean Maspéro, Catalogue géneral des Antiquités Egyptiennes du Musée du Caire, Tome premier Nos. 67001—67089, Tome second Nos. 67125—67150. Imprimerie de l'institut Français d'archéologie orientale, Cairo, 1911.

Eine außerordentlich verdienstliche Sammlung, welche uns Rechtsverhältnisse der Justinianischen und vorjustinianischen Zeit kundgibt; sie ist um so wichtiger, als die Bedeutung der byzantinischen Periode immer mehr hervortritt, namentlich was die Einwirkung von Byzanz auf das Abendland betrifft. Eine Reihe dieser Urkunden sind bereits viel besprochen worden, und in der Tat geben sie zu reichlichen Erörterungen Anlaß.

In 67001 finden wir einen Vertrag der Gemeinde Aphrodito mit Hirten und Wächtern. No. 67005 zeigt uns, daß damals mißbräuchlich noch die Privatschuldhaft, die ἰδικὴ φυλακή geübt wurde: der Pagarche wollte allerdings den Mann lösen, aber er war zu ohnmächtig, um dies auszuführen. Die Urkunde No. 67023 zeigt uns den Fall des Verkaufs einer Tochter durch den Vater infolge schwerer Vermögensbedrängnis. Besonders interessant sind die Reskripte; so das Reskript 67028 in einem Fall, in welchem ein Ehemann sich zum zweiten Male verheiratet und Güter der ersten Frau der zweiten als Mitgift überreichte; der Kaiser befiehlt, wie bei Reskripten üblich, daß die Sache untersucht und, wenn sie sich so herausstellt, Abhilfe geschafft werde; am Schlusse wird die Konstitution des Kaisers Leo, c. 6 de secund. nupt., erwähnt und die Anfangsbestimmung (nicht ganz übereinstimmend) wiedergegeben. In 67032 handelt es sich gleichfalls um ein Reskript, das in Konstantinopel erwirkt wird: der Anwalt der Partei reist sodann selbst nach

Aegypten, um die Sache nach Maßgabe des Reskriptes bei dem dortigen Gerichte zu betreiben! Das erinnert mich an ein Vorkommnis, als ich kürzlich in Aegypten war: der bekannte Anwalt Picard war selbst von Brüssel nach Kairo gekommen, um in der Heliopolissache vor dem Tribunal mixte zu plädieren.

Im zweiten Hefte steht beispielsweise unter 67125 die Anerkennung eines Darlehens, in 67126 die Anerkennung eines Darlehens mit 8 % gesetzlichen Zinsen; und wie in den babylonischen Tafeln, finden wir auch hier eine große Reihe von Rechnungsbüchern, Aufstellungen und Quittungen von Verwaltern.

Dr. A. Sturm, Die psychologische Grundlage des Rechts. Verlag Helwigsche Buchhandlung, Hannover (1910).

Unter manchem Anfechtbarem eine Reihe bedeutungsvoller Gesichtspunkte.

W. Dunkhase, Die patentfähige Erfindung und das Erfinderrecht. Verlag G. J. Göschen, Leipzig (1911).

Eine in verschiedenen Richtungen förderliche Arbeit, von der ich anderwärts gehandelt habe.

Verhandlungen der Rechtshilfekonferenz in Wien (4. u. 5. Jan. 1910). Veröffentlichungen der Mitteleuropäischen Wirtschaftsvereine, Verlag A. Deichert, Leipzig (1910).

Hier ist insbesondere die Denkschrift Sperls über die Vollstreckungsrechtshilfe zwischen Deutschland und Oesterreich bedeutsam und lehrreich.

Georg Gauß, Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens. Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart (1910).

Die Herstellungsklage ist, wie der Verfasser mit Recht durchführt, förderlich, weil sie in Lebensfragen der Ehe zu einer Entscheidung führt, die vielfach die Sache begütigt und die Ehescheidung vermeidet.

J. R. Kusey, Joseph II. und die äußere Kirchenverfassung Inneröstereichs. Verlag Ferd. Enke, Stuttgart (1908).

Die Erfolge und Mißerfolge der Kirchenpolitik Josephs II. werden eingehend erörtert; jetzt, nachdem Sturm und Drang vorüber, ist auch eine gerechte Würdigung des großen Reformers an der Zeit.

F. Meili, Das internationale Zivilprozeßrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis. Verlag Art. Institut Orell Füßli, Zürich.

Durch reichhaltiges Material und gründliche Bearbeitung ausgezeichnet. Ich verweise z. B. auf die Bedeutung der Gerichtsstände im internationalen Recht. Beigefügt ist der Staatsvertrag zwischen Frankreich und der Schweiz von 1869 und der französisch-belgische Staatsvertrag von 1900.

Hermann Brunnhofer, Arische Urzeit. Verlag A. Francke, Bern (1910).

Der Verfasser vertritt bekanntlich die Idee, daß die Heimat der Vedas nicht im Fünfstromland, sondern weit weg im Kaukasus und im asiatischen Hochland gewesen sei. Die Gründe sind namentlich philologische und können hier nicht nachgeprüft werden, ich habe nur den Eindruck, daß sie in vielen Beziehungen etwas locker sind. Der überzeugenden Kraft entbehrt es, wenn der Verfasser beispielsweise S. XV auf die Draupadî verweist, welche in polyandrischer Ehe mit 5 Pandusöhnen lebte und hierbei an den Bericht Strabos über die Bergbewohner des Elbursgebirges denkt; und wenn er den Namen Draupadî mit Dripetus, der Tochter des Darius (Arrian VII 4, 5) zusammenstellt, so halte ich das für sehr weit hergeholt und muß bemerken, daß die Polyandrie in verschiedenen Gegenden Indiens heimisch ist und wohl von jeher heimisch war.

Dagegen ist das Werk außerordentlich lehrreich durch die vielen sprachvergleichenden Nachweise, so insbesondere über die semitischen Lehnworte in den Vedas. Es wäre interessant, wenn dies durch einen Assyriologen nachgeprüft und das Verhältnis zwischen Indien und dem alten Babylon aufgedeckt würde; so insbesondere was die Gewittergottheit Kutsa betrifft, welche mit dem arabischen Kutsa, dem Herrn des Gewitters und des Regenbogens, zusammengestellt wird; so die Sage vom Weltuntergang, dem Einsturz des Himmels; so der Eselsritt als beschimpfende Strafe (S. 348) u. a.

Ferd. Herold, Gogerichte und Freigerichte in Westfalen, besonders im Münsterland. Verlag Carl Winter, Heidelberg (1909).

Der Verfasser sucht darzutun, daß die Gogerichte nicht nur Gerichte niederer Sphäre waren, sondern die allgemeinen ordent-

lichen Gerichte und daß von den gewöhnlichen Gogerichten sich die Gerichte des Königs abhoben. Bei den Freigerichten wurde nur auf Todesstrafe durch Strang erkannt, bei den Gogerichten aber konnte auch der Feuertod und das Rädern in Anwendung kommen. Der Feuertod beruht auf dem Rechte der heidnischen Sachsen. Die Darstellung ist gründlich und beruht auf reichem Material.

Pail Viollet, Le roi et ses ministres pendant les trois derniers siècles de la monarchie. Verlag Recueil Sirey, Paris (1912).

Der Meister der französischen Rechtsgeschichte bietet uns hiermit eine außerordentlich lehrreiche und, wie bei ihm selbstverständlich, auf eine großartige Literatur gestützte Schilderung des französischen Königtums des 16., 17. und 18. Jahrhunderts und der Rechtsgedanken, welche in jener Zeit die Stellung des Königs, aber auch die verschiedenen Verwaltungszweige beherrschten. So ist die Darstellung ein unentbehrlicher Beitrag zur Geschichte des Staats- und Verwaltungsrechts. Aus der Fülle des Stoffes möchte ich noch hervorheben die Darstellung der Beziehung zwischen dem römisch deutschen Kaiser und dem König von Frankreich, die Berichte über das Studium des römischen Rechts in Frankreich, das durch den König veranlaßte Verbot der römischen Rechtsschule in Paris durch Papst Honoris III. in der Decretale super specula. Die Art und Weise, wie sich Ludwig der Heilige über die Geltung des römischen Rechts in der Languedoc äußert, und die Erklärung Philipps des Schönen vom Jahre 1312, wonach das römische Recht nicht als geschriebenes Recht, sondern als ein durch seine Vorfahren geduldetes Gewohnheitsrecht behandelt wird, sind ein Spiegelbild der Kämpfe jener Zeit, in welcher die französischen Könige die letzten Bande, die sie mit dem Kaisertum verknüpfen, zu lösen versuchen. Auch die Art und Weise, wie der deutsche Kaiser bei seinen Besuchen in Frankreich empfangen wurde, ist von Interesse: man war hier deutlich bestrebt, jede Erinnerung an ein Vorrecht des Kaisers zu verwischen, und als der Kaiser Karl IV. nach Paris kam, mußte er auf einem schwarzen Pferde reiten, während der König in der Mitte zwischen dem Kaiser und seinem Sohne auf einem Schimmel ritt. Nur Franz I., der ehemalige Gefangene von Pavia, behandelte Karl V. mit ausgesuchter Unterwürfigkeit (1537), denn er hoffte

von ihm das Herzogtum Mailand zu erlangen, was ihm aber bekanntlich nicht gelang. Ein Rest kaiserlicher Herrlichkeit waren noch die kaiserlichen Notare, die neben den päpstlichen Notaren in Frankreich wie überall ihres Amtes walten durften; erst Karl VIII. verbot die notarii caesarei und die notarii apostolici.

Robert Redslob, Die Staatstheorien der französischen Nationalversammlung von 1789, Verlag Veit & Comp., Leipzig 1912.

Die französische Nationalversammlung von 1789 beruht im wesentlichen auf Rousseauscher Grundlage, doch führte das Prinzip der Repräsentation zu einem Konflikt: die Volksrepräsentanten sind zwar Beauftragte des Volkes, aber da sie freies, von ihren Mandanten unabhängiges Stimmrecht haben, so ist in den Begriff der Volkssouveränität eine Lücke geschlagen, welche man mehr oder minder auszufüllen versuchte. Daß aber, wie der Verfasser behauptet, Rousseau unterlegen und die Theorie des Volkswillens fruchtlos geblieben sei, ist unrichtig. Natürlich mußte die philosophische Theorie hier wie sonst durch die Praxis manche Modifikation erfahren; auch in der Theorie wurde der Rousseausche Einfluß wesentlich modifiziert durch den Einfluß von Montesquieu, aber er blieb trotzdem bestimmend.

H. Seeholzer, Staat und römisch-katholische Kirche in den paritätischen Kantonen der Schweiz. Verlag Rascher & Cie., Zürich-Leipzig 1912.

In dieser wie in anderer Beziehung sind die Schweizer Verhältnisse in hohem Maße belehrend. Der Verfasser, welcher die Rechte sorgfältig sammelt, spricht sich gegen das Landeskirchentum und für die Trennung von Staat und Kirche aus.

Sammlung der nach gepflogener mündlicher Verhandlung geschöpften Erkenntnisse des k. k. Reichsgerichtes, begründet von Dr. Anton Hye Freiherrn v. Glunek, fortgesetzt von Dr. Karl Hugelmann. Verlag der k. k. Hof- und Staatsdruckerei Wien, 1912.

Die Entscheidungen des österreichischen Reichsgerichtes sind längst als schätzenswerte Quellen für Verwaltungsrecht, Verwaltungs-

prozeß und Konfliktsrecht erkannt worden. Erschienen ist neuerdings das 1. Heft von Bd. 14, Nr. 1463—1543 enthaltend. Ich verweise beispielsweise auf Nr. 1520 über die Beschwerdeführung beim Reichsgericht wegen verweigerter Aufnahme in die Wählerliste.

Erich Jung, Das Problem des natürlichen Rechts. Verlag Dunker & Humblot, Leipzig 1912.

Die Schrift ist abzulehnen, weil Probleme, die nur durch die Philosophie zu lösen sind, ohne genügende philosophische Grundlage behandelt werden. Mir wird verschiedenes entgegengehalten. Wenn ich sagte, daß der Richter und Jurist zunächst im großen ganzen an das Gesetz gebunden seien, so wird entgegengehalten, daß diese Grenze nur unbestimmt gezogen sei; allein der Verfasser hätte berücksichtigen sollen, daß ich mich an mehr als einer Stelle darüber ausgesprochen habe, was das im großen und ganzen bedeuten solle. Meiner These von der Rechtsvernunft wird entgegengehalten, daß dies eine sehr allgemeine und vieldeutige Aufstellung sei. Der Wille des Gesetzes wird als eine mystisch personifizierende Schöpfung betrachtet; darnach ist es auch Mystik, vom Geist eines Kunstwerks oder von der Idee einer Erfindung zu sprechen.





